

Das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent und seine Drittwirkungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
KURT BRUNNER
von Hemberg SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent und seine Drittwirkungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
KURT BRUNNER
von Hemberg SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

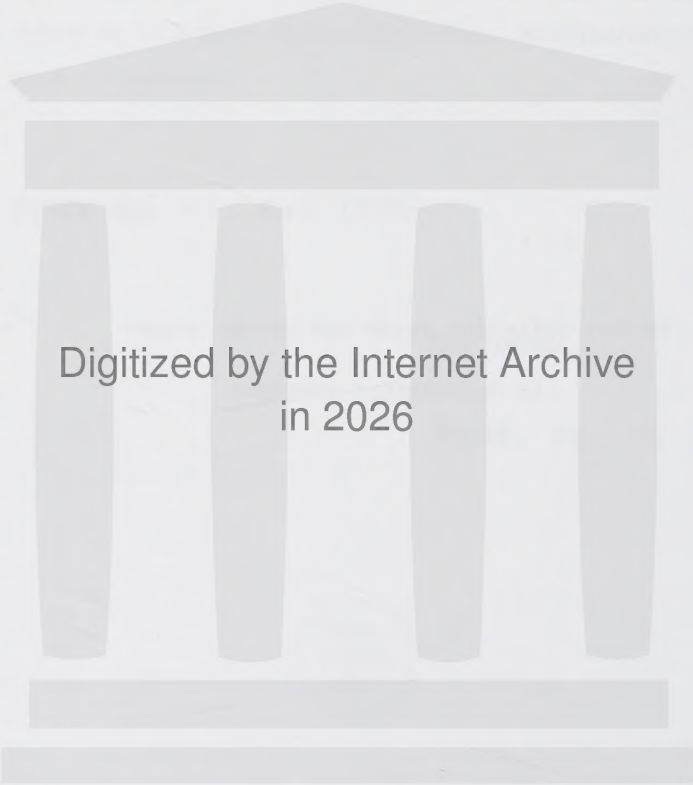
Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Meiner geliebten Trudy und meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	
<u>I. Kapitel: Wirtschaftliche Aspekte</u>	1
1. Bedeutung des Vermittlungsagenten	1
1.1 Für die Organisation des Versicherers	1
1.2 Für das Publikum	8
2. Die Rolle des Vermittlungsagenten im Versicherungsvertrag	10
<u>II. Kapitel: Definitionen und Abgrenzungen</u>	17
1. Der Agent nach Art. 34 VVG	17
1.1 Haupt- und nebenberuflich tätiger Agent	18
1.2 Selbständiger und unselbständiger Agent	20
1.3 Generalagent und Unteragent	20
1.4 Vertragspartner des Vermittlungsagenten	21
1.5 Rechtsform der Versicherungsagentur	21
2. Abgrenzungen	22
2.1 Zum Agentenbegriff nach Art. 418a ff OR	22
2.2 Zum Makler	23
2.3 Zum Generalbevollmächtigten nach Art. 2 Ziff. 3 lit. b VAG	24
2.4 Zum Abschlussagenten	25
3. Eigener Agentenbegriff von Art. 34 VVG	27
<u>III. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent</u>	29
1. Allgemeine Entwicklung	29
2. Entwicklung in der Schweiz	31
2.1 Die Entstehung des Handelsreisendengesetzes	32
2.2 Die Entstehung des Agenturvertragsrechtes	38
<u>IV. Kapitel: Gestaltungsmöglichkeiten des Vertragsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent</u>	45
1. Grundsätzliche Möglichkeiten	45
1.1 Der Arbeitsvertrag	47
1.2 Der Handelsreisendenvertrag	48
1.3 Der Agenturvertrag	51
1.4 Der einfache Auftrag	55
1.5 Die Bedeutung der zwingenden Gesetzesbestimmungen	56
2. Abgrenzung zwischen den einzelnen möglichen Rechtsverhältnissen	58

	Seite
2.1	Arbeitsvertrag und Handelsreisendenvertrag 58
2.2	Arbeits- und Handelsreisendenvertrag im Gegensatz zum Agenturvertrag 58
2.3	Handelsreisenden- und Agenturvertrag im Gegensatz zum Auftragsrecht 64
3.	Modelle der Praxis 66
4.	Gemeinsamkeiten des arbeits- und agenturvertraglichen Rechtsverhältnisses 67
4.1	Entstehung des Rechtsverhältnisses und Vertragsform 67
4.1.1	Abschlussfreiheit im Innenverhältnis 67
4.1.2	Die Entstehung des Vertrages im Aussenverhältnis 72
4.1.3	Die Form des Vertrages 72
4.2	Pflichten des Vermittlungsagenten 75
4.2.1	Pflicht zur Tätigkeit im Interesse des Versicherers 75
4.2.2	Pflicht zur Befolgung von Weisungen des Versicherers 78
4.2.3	Sorgfaltspflicht 79
4.2.4	Treuepflicht 82
4.2.5	Informationspflicht 83
4.2.6	Rechenschaftspflicht 84
4.2.7	Herausgabepflicht 85
4.2.8	Geheimhaltungspflicht 87
4.3	Die Pflichten des Versicherers 90
4.3.1	Zahlung des vereinbarten Entgelts 90
4.3.2	Ersatz der Auslagen 93
4.3.3	Abrechnungspflicht 94
4.3.4	Pflicht zur Gewährung der Büchereinsicht 99
4.3.5	Pflicht, die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen 101
4.3.6	Unterstützungspflicht 103
4.4	Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten 105
4.5	Beendigung des Rechtsverhältnisses 105
4.5.1	Durch Zeitablauf 105
4.5.2	Durch Kündigung 108
a)	Arbeits- und Handelsreisendenvertrag 109
b)	Agenturvertrag 110
4.5.3	Durch den Tod einer Vertragspartei 111
4.5.4	Durch den Konkurs einer Vertragspartei 113
4.5.5	Fristlose Auflösung aus wichtigem Grund 116
a)	Voraussetzungen 117
b)	Gründe 119
aa)	Wichtige Gründe des Versicherers 120
bb)	Wichtige Gründe des Vermittlungsagenten 121
c)	Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung 122
d)	Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung 122

	Seite
aa)	Rechtmässige ausserordentliche Kündigung 123
bb)	Ungerechtfertigte fristlose Auflösung 125
4.6	Folgen der Beendigung des Rechtsverhältnisses 127
4.6.1	Fälligkeit der Forderungen 127
4.6.2	Rückgabepflicht 129
4.6.3	Retentionsrecht 130
4.6.4	Konkurrenzverbot 131
a)	Voraussetzungen 131
b)	Beschränkungen 138
c)	Folgen der Uebertretung 140
d)	Wegfall 142
e)	Entschädigung 143
5.	Die arbeitsvertraglichen Sonderbestimmungen 145
5.1	Begrenzung der freien Rechtswahl 145
5.2	Beschränkte Zulässigkeit der allgemeinen arbeitsvertraglichen Regelung 149
5.3	Vereinbarung einer Probezeit 150
5.4	Haftung des Vermittlungsagenten für die dem Versicherer zugefügten Schäden 152
5.5	Zusätzliche Pflichten des Versicherers 152
5.5.1	Lohnzahlungspflicht 152
5.5.1.1	Vereinbarung einer Provision als zusätzliche Entlohnung 152
5.5.1.2	Entstehung und Fälligkeit 154
a)	Lohnanspruch 154
b)	Provisionsanspruch 156
c)	Gratifikation und Leistungsprämie 164
d)	Auslagenersatz 166
5.5.1.3	Lohnrückbehalt 169
5.5.1.4	Vorschusspflicht des Versicherers 170
5.5.1.5	Entgelt bei Verhinderung des Vermittlungsagenten 171
5.5.1.6	Beschränkte Verrechenbarkeit von Lohnguthaben 176
5.5.2	Fürsorgepflicht des Versicherers 177
5.5.3	Pflicht zur Abgabe eines Arbeitszeugnisses 178
5.6	Freizeit- und Ferienregelung 178
5.6.1	Gewährung der gesetzlichen Freitage 178
5.6.2	Ferienanspruch 179
5.7	Personalfürsorge 181
5.8	Kündigungsschutz 184
5.8.1	Kündigungsbeschränkungen 184
a)	Militär- und Zivilschutzdienst 185
b)	Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit 186
c)	Wöchnerinnenschutz 186
d)	Teilnahme an Hilfsaktionen im Ausland 186
5.8.2	Schutz vor missbräuchlicher Kündigung 188

	Seite
5.9	Abgangsentschädigung 192
5.10	Prozessrechtliche Vorschriften 195
6.	Der Handelsreisendenvertrag im Besonderen 198
6.1	Subsidiarität der arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen 198
6.2	Bedeutung der vorgeschriebenen Schriftlichkeit des Vertrages 199
6.3	Anspruch des Vermittlungsagenten auf ein festes Gehalt 200
6.4	Uebernahme des Probezeitrisikos durch den Vermittlungsagenten 204
6.5	Gebietsschutz zugunsten des Vermittlungsagenten 206
6.7	Delcredere-Haftung des Vermittlungsagenten 209
6.8	Erweiterter Kündigungsschutz 212
7.	Der Agenturvertrag im Besonderen 212
7.1	Ausschluss der freien Rechtswahl 212
7.2	Das Entgelt des Vermittlungsagenten 213
7.2.1	Entstehung und Fälligkeit des vereinbarten Fixums 214
7.2.2	Entstehung und Fälligkeit der Vermittlungsprovision 214
a)	Während der Vertragsdauer 214
b)	Bei Beendigung des Vertrages 217
c)	Anspruch auf Folgeprovisionen 218
d)	Wegfall des Provisionsanspruches 218
7.2.3	Entstehung und Fälligkeit der Inkasso-provision 220
7.2.4	Entgelt bei Verhinderung des Vermittlungsagenten 223
a)	Durch Verschulden des Versicherers 223
b)	Durch Gründe die in der Person des Vermittlungsagenten liegen 224
7.3	Exklusivvertretungsrecht des Vermittlungsagenten 225
7.4	Informationspflicht des Versicherers 226
7.5	Haftung des Vermittlungsagenten 228
7.6	Delcredere-Haftung des Vermittlungsagenten 228
7.7	Kündigungsbeschränkungen 229
7.8	Anspruch des Vermittlungsagenten auf Schadensersatzentschädigung 230
7.8.1	Zweck der Entschädigung 231
7.8.2	Voraussetzungen 233
a)	Wesentliche Erweiterung des Kundenkreises 233
b)	Zukünftiger wirtschaftlicher Vorteil für den Versicherer 234

	Seite
c)	
	Kein Verschulden des Vermittlungsagenten an der Vertragsauflösung 237
7.8.3	Höhe der Entschädigung und Bemessungsgrundlage 239
7.8.4	Entstehung und Fälligkeit des Anspruches 241
7.8.5	Gläubiger der Entschädigung 241
7.8.6	Kundschaftsentschädigung und Entschädigung für das Konkurrenzverbot 242
7.9	Schutz des nebenberuflichen Agenten 243
8.	Der einfache Auftrag im Besonderen 245
8.1	Anwendungsbereich im Versicherungsaussendienst 245
8.2	Entstehung des Auftrages 246
8.3	Pflichten des Vermittlungsagenten 246
8.3.1	Tätigkeitspflicht 246
8.3.2	Weisungsbefolgungspflicht 247
8.3.3	Sorgfaltspflicht 248
8.3.4	Treuepflicht 248
8.3.5	Geheimhaltungspflicht 249
8.3.6	Rechenschafts- und Informationspflicht 250
8.3.7	Herausgabepflicht und Retentionsrecht 251
8.4	Pflichten des Versicherers 253
8.4.1	Unterstützungspflicht 253
8.4.2	Entschädigungspflicht 254
a)	Provision 254
b)	Auslagenersatz 255
8.5	Auflösung des Vertragsverhältnisses 256
8.5.1	Jederzeitige Auflösung 256
8.5.2	Folgen der Auflösung 257
8.5.3	Kündigungsschutz 258
V. Kapitel: Die rechtlichen Drittwirkungen des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent	
	259
1.	Vertragliche Verpflichtung des Versicherers aus der gesetzlichen Vollmacht des Vermittlungsagenten 259
1.1	Die Bedeutung der gesetzlichen Vollmacht 259
1.1.1	Für den Versicherer 259
1.1.2	Für den Versicherungsnehmer 260
1.1.3	Für den Vermittlungsagenten 261
1.2	Die Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten 262
1.2.1	Legaldefinition 262
1.2.2	Rechtsnatur der Vollmacht 262
1.2.3	Voraussetzungen 263
1.2.4	Vollmachtsträger 265

	Seite
1.2.5	Ausschliesslichkeit der Vollmachtsregelung 265
1.3	Umfang der Vollmacht des Vermittlungs- agenten 265
1.3.1	Abgrenzung zur Abschlussvollmacht 265
1.3.2	Die Bedeutung des Titels des Agenten 266
1.3.3	Vertretungshandlungen des Vermittlungs- agenten 268
a)	Bei den Vertragsverhandlungen 269
b)	Nach Vertragsabschluss 271
c)	Nach Eintritt des befürchteten Ereignisses 272
1.4	Die Vertretung des Wissens des Vermittlungs- agenten durch den Versicherer 273
1.4.1	Grundlagen 273
1.4.2	Die herrschende Lehre 275
1.4.3	Kritik an der herrschenden Lehre 276
1.5	Tragbarkeit der gesetzlichen Vollmacht im Verkehr 281
1.6	Erweiterung der gesetzlichen Vollmacht des Vermittlungsagenten 283
1.6.1	Notwendigkeit der Verbesserung des Schutzes des Versicherungsnehmers 283
1.6.2	Präzisierung des Inhaltes der Legalvoll- macht 284
1.6.3	Erweiterung der Wissenszurechnung 285
1.6.4	Folgen für den Versicherer 286
1.6.5	Andere Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes des Versicherungsnehmers 287
2.	Vertragliche Haftung des Versicherers für Schädigungen durch den Vermittlungsagenten 288
2.1	Abgrenzung gegenüber Art. 34 VVG und Art. 55 OR 288
2.2	Die gesetzliche Regelung der vertraglichen Haftung 289
2.3	Haftungsvoraussetzungen nach Art. 101 OR 290
2.4	Wegbedingung der Haftung des Versicherers 291
3.	Ausservertragliche Haftung des Versicherers für Schädigungen Dritter durch den Ver- mittlungsagenten 292
3.1	Die gesetzliche Regelung der ausservertrag- lichen Haftung 292
3.2	Haftungsvoraussetzungen aus Art. 55 OR 292
3.3	Exkulpationsmöglichkeiten des Versicherers 294
4.	Haftung des Vermittlungsagenten 295
4.1	Vertragliche Haftung gegenüber dem Ver- sicherer 296
4.1.1	Haftungsvoraussetzungen 296

	Seite
4.1.2	Mass der Sorgfalt im Arbeits- und Auf- tragsrecht
4.1.3	Mass der Sorgfalt im Agenturvertrags- recht
4.2	Haftung gegenüber dem Versicherungsnehmer
4.3	Haftung gegenüber Dritten
VI. Kapitel:	Einflüsse des öffentlichen Rechts auf die Stellung des Vermittlungsagenten
1.	Vermittlungsagent und Versicherungsauf- sichtsgesetzgebung
1.1	Versicherungsaufsichtsgesetz
1.1.1	Tätigkeit für einen nichtkonzessionierten Versicherer
1.1.2	Verbreitung von unwahren Angaben über die Geschäftsverhältnisse des Versicherers
1.1.3	Strafvoraussetzungen und Strafmass
1.1.4	Berufsverbot für den Vermittlungsagenten
1.2	Bundesgesetz über die Kautionen der Ver- sicherungsgesellschaften
1.3	Bundesratsbeschluss über den Anwerbebe- trieb der Lebensversicherungsgesellschaften
1.3.1	Adressaten des Beschlusses
1.3.2	Verbotene Tätigkeit
a)	Vorlage von Nettokostenberechnungen
b)	Verbot der Gewährung von Vergünstigungen
1.3.3	Strafvoraussetzungen und Strafmass
2.	Bundesgesetz über die Handelsreisenden
3.	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs
3.1	Das Konkursprivileg des Vermittlungsagenten
3.1.1	Das Privileg des Arbeitnehmers
3.1.2	Das Privileg des Agenten nach Art. 418a ff OR
3.1.3	Keine Privilegierung des beauftragten Ver- mittlungsenten
3.2	Betreibungshandlungen gegen den Vermittlungs- agenten
3.2.1	Pfändbarkeit der Provisions- und Lohngut- haben sowie des Anspruches auf Auslagenersatz
3.2.2	Pfändbarkeit der Arbeitsmittel des Vermitt- lungsagenten
3.2.3	Pfändbarkeit der vom Vermittlungsagenten vereinnahmten Prämien
4.	Vermittlungsagentur und Steuerrecht

	Seite
4.1	Besteuerung des Vermittlungsagenten . . . 325
4.1.1	Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit . . . 325
4.1.2	Bei selbständiger Erwerbstätigkeit . . . 326
4.2	Besteuerung des Versicherers . . . 327
5.	Vermittlungsagent und Handelsregistereintra- gungspflicht . . . 328
VII. Kapitel: Erfordernis einer einheitlichen Regelung des Rechtsverhältnisses im Versicherungsaussen- dienst	331
1.	Aus der Sicht des Vermittlungsagenten . . . 331
2.	Aus der Sicht des Versicherers . . . 332
3.	Aus der Sicht des Publikums . . . 333
Zusammenfassung	335
Literaturverzeichnis	339
Abkürzungsverzeichnis	347

Vorwort

Zur vorliegenden Arbeit wurde ich bereits 1972 angeregt, als ich an der Hochschule St. Gallen meine Diplomarbeit zum Thema "Das Verschulden im Privatversicherungsrecht" verfasste. Dabei habe ich festgestellt, dass der Versicherungsnehmer bei der Erfüllung versicherungsvertraglicher Obliegenheiten sowohl für sein eigenes als auch für das Verschulden der von ihm beauftragten Dritten vollumfänglich einzustehen hat. Im Falle der Verletzung der Anzeigepflicht (Art. 6 VVG) muss sich der Versicherungsnehmer das Wissen des von ihm beauftragten Dritten vorbehaltlos anrechnen lassen, währenddem das allfällige Wissen des Vermittlungsagenten dem Versicherer nach herrschender Lehre nur dann als eigenes Wissen angerechnet wird, wenn sein Vermittlungsagent sich dieses Wissen im Rahmen seiner gesetzlich definierten Vertretungsfunktion (Art. 34 Abs. 1 VVG) erworben hat.

Diese Wissenvertretung ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil dem Versicherer bei Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung ein Rücktritts- und damit unter Umständen ein Leistungsbefreiungsrecht im Schadenfalle auch dann zusteht, wenn die mit der Anzeigepflichtverletzung verschwiegene Gefahrstatsache für den Eintritt eines konkreten Schadenfalles nicht kausal war.

Es soll deshalb im folgenden zuerst das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Vermittlungsagenten und anschliessend die Frage der Haftung des Versicherers für die Tätigkeit des Vermittlungsagenten untersucht werden.

An dieser Stelle möchte ich allen Versicherungsgesellschaften danken, die mir mit der Beantwortung des Fragebogens geholfen haben, das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaften bzw. den Generalagenturen der Gesellschaften und den Vermittlungsagenten praxisgerecht abzuhandeln.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Max Keller für seine wertvollen Anregungen und Ratschläge sowie für die grosse Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung des Themas eingeräumt hat.

I. Kapitel: Wirtschaftliche Aspekte

1. Die Bedeutung des Vermittlungsagenten

1.1 Für die Organisation des Versicherers

Das Privatversicherungswesen der Schweiz erfreut sich seit Beginn dieses Jahrhunderts eines immensen Wachstums. Das Volumen der jährlich vereinnahmten Prämien ist von Ende 1900 von Fr. 50'732'886.-- total oder Fr. 15.26 pro Kopf der Bevölkerung (1) bis Ende 1978 auf total ca.

Fr. 19'600'000'000.-- (2) oder Fr. 3'096.-- pro Kopf der Bevölkerung angewachsen. Berücksichtigt man, dass in den Zahlen für 1978 ca. Fr. 4,5 Mia. Prämieinnahmen aus dem Auslandgeschäft und ca. Fr. 6,0 Mia. aus dem Rückversicherungsgeschäft stammten (3), so verbleiben

Fr. 9'100'000'000.-- an Prämieinnahmen aus dem Binnengeschäft oder ca. Fr. 1'437.-- pro Kopf der Bevölkerung. Dies entspricht einem Wachstum des inländischen Prämienvolumens von 17'937 % oder einem Wachstum der Prokopf-Prämieinnahmen von immerhin 9'417 % in nur 78 Jahren, was eine durchschnittliche jährliche Zuwachsrate von 6 % ergibt. Mit diesem Prokopfprämienaufkommen stehen die Schweizer weltweit an der Spitze, gefolgt von den Amerikanern mit Fr. 1'211.-- (4).

Die Versicherungsgesellschaften erwarten aber auch für die Zukunft Wachstumsraten, die erheblich über dem für die schweizerische Wirtschaft erreichbaren Mittelwert liegen. Die Schaden- und Unfallversicherungsbranche rechnet für

(1) Botschaft VVG, 249.

(2) SHZ, Nr. 36 vom 4. September 1980, 5.

(3) SHZ, Nr. 36 vom 4. September 1980, 5.

(4) SHZ, Nr. 37 vom 11. September 1980, 9.

1980 mit einem Prämienwachstum von "nur" 5 % (5), die Lebensversicherer rechnen gar mit einem Wachstum von 8 % (6) im Jahre 1980.

Welche Bedeutung der Versicherungsschutz heute in der Schweiz erlangt hat, ergibt sich aus der jüngsten BIGA-Studie zu den Haushaltsrechnungen von Unselbständig-erwerbenden. (7) Nach dieser Studie stellen die Ausgaben für Versicherungen mit 14,56 % des Gesamteinkommens (8) die mit Abstand grösste Budgetposition in der Haushaltrechnung der Unselbständigerwerbenden dar. Berücksichtigt man, dass diese 14,56 % sich aus Anteilen von 4,6 % für AHV-Beiträge, 3,8 % für Pensions- und Hilfskassenfonds und 3,5 % für Krankenkassenprämien zusammensetzen, (9) so verbleibt eine Budgetposition von 2,7 % der Gesamtausgaben für Prämien an private Versicherungsgesellschaften, wobei die Prämien für die Motorfahrzeugversicherungen (Haftpflicht-, Insassen-, Lenker- und Kasko- bzw. Teilkaskoversicherung) in dieser Position nicht inbegriffen sind. (10) Der Unselbständig-erwerbende gibt damit für private Versicherungsprämien praktisch gleichviel aus, wie etwa für Getränke und Tabakwaren (2,97 %) oder Heizung und Beleuchtung (3.06 %).

Auch in der gesamtwirtschaftlichen Betrachtung nimmt das schweizerische Versicherungswesen, dessen Binnenprämien-volumen im Jahre 1978 einen Anteil von 5,85 % an das Brutto-sozialprodukt beisteuerte, (11) eine bedeutende Position

-
- (5) SHZ, Nr. 36 vom 4. September 1980, 5.
 - (6) SHZ, Nr. 37 vom 11. September 1980, 9.
 - (7) BIGA, Haushaltsrechnungen, 311ff.
 - (8) BIGA, Haushaltsrechnungen, 315.
 - (9) BIGA, Haushaltsrechnungen, 313.
 - (10) BIGA, Haushaltsrechnungen, 315, Anm. 4.
 - (11) SHZ, Nr. 37 vom 11. September 1980, 9.

ein. Weltweit liegt die Schweiz damit hinter den USA (8,40 %) an zweiter Stelle. (12)

Es ist nicht zu übersehen, dass ein bedeutender Teil des Wachstums der Prämieeneinnahmen inflationsbedingt ist. Trotzdem kann nicht verkannt werden, dass ein weitaus grösserer Anteil auf ein reales Wachstum des Versicherungsvolumens und damit auf die sogenannte Neuproduktion des schweizerischen Versicherungsgewerbes entfällt.

Das reale Wachstum des Binnenprämienvolumens der schweizerischen Versicherungsgesellschaften ist im wesentlichen auf drei Faktoren zurückzuführen:

- a) Mit zunehmendem Wohlstand der Masse der Bevölkerung, welcher in direktem Zusammenhang mit dem rasanten Wirtschaftswachstum in unserem Jahrhundert steht, standen dem Einzelnen vermehrt finanzielle Mittel zur Befriedigung von Dienstleistungsbedürfnissen zur Verfügung. Durch Beschaffung, Verbesserung und Ergänzung des entsprechenden Versicherungsschutzes konnte er sich den jeweils erreichten Wohlstand sichern. Dieses Schutzbedürfnis des Individuums dokumentiert sich in der relativen Bedeutung der Budgetposition "Versicherungen" der Haushaltsrechnung des Privathaushaltes. (13)
- b) Der Anteil der von den Unternehmungen bezahlten Prämien am gesamten Binnenprämienvolumen der schweizerischen Versicherungsgesellschaften dürfte bei ca. 50 %

(12) SHZ, Nr. 37 vom 11. September 1980, 9.

(13) vgl. vorn S. 2.

liegen. (14) Auch die Unternehmungen sind in der gleichen Periode im Soge des allgemeinen Wachstums quantitativ gewachsen, woraus ebenfalls ein stetig wachsender Versicherungsbedarf resultieren musste.

Im Bereich der Unternehmungen dürfte allerdings das viel extremere qualitative Wachstum, das durch die verschiedenen "technischen Revolutionen" (Mechanisierung - Rationalisierung - Automatisierung - Vollelektronisierung) die Unternehmer sämtlicher Branchen zwang, immer neuere, teurere Anlagen zu beschaffen, den Versicherungsbedarf ebenso nachhaltig beeinflusst haben, wie das quantitative Wachstum.

- c) Mit dem wirtschaftlichen Wachstum traten auch neue Risiken auf, für die Versicherungsschutz nachgefragt wurde. Die Tatsache, dass noch in der Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag lediglich von der Lebens-, der Renten- und der Feuerversicherung die Rede ist, (15) währenddem die schweizerischen Versicherungsgesellschaften heute einen Versicherungsschutz für dreiunddreissig Risikogruppen

-
- (14) Dieser Wert ergibt sich aus folgender Berechnung: 1979 wurden in der Schweiz ca. 6'314'000 Einwohner gezählt, die in Haushalten zu durchschnittlich 3,33 Personen leben (BIGA, Haushaltsrechnungen, 312.), was ca. 1'900'000 Haushaltungen ergibt. Nachdem 2,7 % (vgl. vorn S. 2) der Gesamthaushaltsausgaben von Fr. 51'921.-- (BIGA, Haushaltsrechnungen 316.) oder Fr. 1'401.87 pro Haushalt für Privatversicherungen aufgewendet wurden und für die Motorfahrzeugversicherung mit einem durchschnittlichen Aufwand von Fr. 1'000.-- pro Jahr und Haushalt zu rechnen ist, ergibt dies ein Prämienaufkommen von Total ca. Fr. 4,6 Mia. oder ca. 50 % des gesamten Binnenprämienvolumens der Privatversicherungen (vgl. vorn S. 1). Das restliche Prämienvolumen entfällt logischerweise auf die Unternehmungen.
- (15) Botschaft VVG, 248.

und -untergruppen anbieten, (16) beweist eindrücklich, dass unser Privatversicherungswesen auch diese Nachfragediversifikation durch angemessene "Sortimentserweiterung" befriedigen will.

Die versicherungstechnischen Gegebenheiten, insbesondere die Anwendung des Gesetzes der grossen Zahl (17) erfordern, dass das Versicherungsgeschäft durch "planmässig" operierende Grossbetriebe abgewickelt wird. (18) Heute sind denn in der Schweiz auch nur 47 in- und 7 unbedeutende ausländische private Gesellschaften neben 18 kleinen staatlichen (kantonalen) öffentlich-rechtlichen Feuer- und Elementarschadenversicherungsinstituten in der Unfall- und Schadenbranche, 19 private Lebensversicherungsgesellschaften sowie - die hier nicht interessierenden - 11 Rückversicherungsgesellschaften tätig. (19) Diese Konzentration auf einige wenige, rationalisierte Gesellschaften (20) hat logischerweise zur Folge, dass es der Geschäftsleitung einer Gesellschaft unmöglich ist, den persönlichen Kontakt zum einzelnen Versicherungsnehmer oder Versicherungsinteressenten herzustellen oder aufrecht zu erhalten. Dazu bedürfen die Versicherungsgesellschaften einer dezentralisierten Aussenorganisation. (21) Diese basiert auf dem System der Dezentralisierung der Verkaufs- und Betreuungsorganisation auf Generalagenturen oder Subdirektionen, die für den Anwerbebetrieb in einem festgelegten Gebiet (z.B. in einem bestimmten Kanton) verantwortlich sind. (22)

-
- (16) Schweizerische Versicherungsgesellschaften 1978, publiziert durch die Neue Rückversicherungs-Gesellschaft, Genf 1978, 5.
(17) Koenig W., Privatversicherungsrecht, 7; ders., Grundzüge, 14; Roelli/Keller, 19.
(18) Botschaft VVG, 249 und 260; Roelli/Keller, 19.
(19) Alle Zahlen aus: Schweizerische Versicherungsgesellschaften 1978, publiziert durch die Neue Rückversicherungs-Gesellschaft, Genf, 1978, 86ff.
(20) Wehrli, 1.
(21) Berger, AGV, 33f; gl.M. Zumbach, 7; Geiser, 50f; Merz 30; Hangartner, Diplomarbeit, 1; Meyer H.R., 14; Burnand, 67; Jahn, 45; Testuz, 9.
(22) Näheres über Aufbau, Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereich der Generalagenturen und Subdirektionen bei Geiser, 1ff.

Die Generalagenturen oder Subdirektionen ihrerseits setzen die ihnen unterstellten Vermittlungsagenten ein, die heute von den Gesellschaften etwa als Agenten, Hauptagenten, Inspektoren, Bezirksinspektoren, Aussendienstmitarbeiter, Versicherungsberater und seit einigen Jahren von einer Gesellschaft auch als Versicherungsexperten bezeichnet werden.

Die Vermittlungsagenten stehen für die Versicherungsgesellschaft an der "Verkaufsfront"; sie stellen den direkten Kontakt zum Versicherungsinteressenten her und halten ihn aufrecht. (23)

Zur Beurteilung der Bedeutung der Vermittlungsagenten für die einzelne Versicherungsgesellschaft bzw. für das Versicherungswesen generell, muss auf zwei wesentliche Faktoren abgestellt werden: Einerseits sind die Versicherungsgesellschaften aus versicherungstechnischen Gründen darauf angewiesen (Gesetz der grossen Zahl), eine möglichst breite Streuung der Risiken zu erzielen, (24) was nichts anderes heisst, als für eine bestimmte Risikogruppe möglichst viele Versicherungsnehmer zu gewinnen. Andererseits verkaufen die Versicherungsgesellschaften eine Dienstleistung, für die der Versicherungsnehmer keine sichtbare Gegenleistung erhält.

Der "Versicherungsverkäufer" kann beim Verkaufsgespräch also nicht an ein beim Versicherungskandidaten vorhandenes, "unmittelbares Bedürfnis" appellieren. (25) Im Unterschied zu

(23) Geiser, 50; Trinkhaus 16 und 20 ff; Merz, 30; Hangartner, Diplomarbeit, 1 und 25; Meyer H.R., 14; Rabich, 14, Mathey, 96; Demisch, 46; Koenig Hans, 16; Leiss, 6f.

(24) Zumbach, 7; Koenig W., Privatversicherungsrecht, 7; Burnand, 37; Padel, 15, Gruss, Aussenorganisation, 351; Wehrli, 1; Meyer H.R., 4.

(25) Berger, AGV, 33f; Müller-Lutz, 112.

einem guten Markenartikel verkauft sich eine Versicherungspolice nicht von selbst. (26) Da Versicherung immer etwas mit einem Ereignis (z.B. Unfall, Krankheit, Schaden, Todesfall) zu tun hat, das der Mensch wegen der damit für ihn verbundenen Unannehmlichkeiten gern verdrängt, ist der Versicherungsverkauf doppelt schwierig.

Gerade dieser zweite Faktor zwingt die Versicherungsgesellschaften, mit der Vermittlungstätigkeit eine dem Versicherungsinteressenten vertraute Persönlichkeit zu beauftragen, (27) was nichts anderes bedeuten kann, als dass sie ihre Verkaufsorganisation so aufbauen müssen, dass die Werbung im direkten Gespräch mit dem Versicherungskandidaten erfolgen kann. (28) In der Schweiz sind denn auch rund 6000 vollamtliche Aussendienstmitarbeiter von Versicherungsgesellschaften tätig, was bei insgesamt 2'500'000 Beschäftigten in der Schweiz einen hauptberuflichen Versicherungsagenten auf rund 420 Beschäftigte ergibt. (29) Die für diese Arbeit durchgeführte Umfrage bei den 20 grössten Versicherungsgesellschaften der Schweiz hat ergeben, dass auf einen hauptberuflichen Versicherungsagenten durchschnittlich fünf nebenberufliche Aussendienstmitarbeiter entfallen, (30) wobei die letzte Zahl für die einzelnen Gesellschaften zwischen zwei und zehn schwankt.

(26) Gl. M. Wehrli, 2, Burnand, 67.

(27) Müller-Lutz, 112.

(28) Rabich, 14.

(29) v. Wartburg, Versicherungsaussendienst, 7.

(30) Die "Vertreterdichte" ist damit in der Schweiz erheblich geringer als in Deutschland. Trinkhaus, S. 101, schätzt, dass in der Bundesrepublik auf einen hauptberuflichen Versicherungsvermittler 15 bis 20 nebenberufliche Aussendienstmitarbeiter kommen; wobei nach Meister Herbert, S. 77f, in Deutschland rund 70'000 hauptberufliche Versicherungsvertreter tätig sind.

Aus allem ergibt sich der Schluss, dass die Tätigkeit der Vermittlungsagenten für das Wachstum und die Bestandespflege der einzelnen Versicherungsgesellschaft und damit für die Ausbreitung der Versicherungsidee schlechthin von fundamentaler Bedeutung ist; (31) die Funktion, die die Vermittlungsorganisation erfüllt, stellt für das Versicherungswesen eine *conditio sine qua non* dar. Die Einführung neuer Versicherungszweige wäre ohne die intensive Werbetätigkeit der Vermittlungsagenten undenkbar. (32)

Es muss deshalb festgehalten werden, dass das überdurchschnittliche Wachstum der Versicherungsgesellschaften - sei es nun wohlstands- oder sortimentbedingt - zum weitaus grössten Teil das Verdienst des Versicherungsaussendienstes und damit vorab der Versicherungsvermittler ist. Zu recht werden die Vermittlungsagenten deshalb als Pioniere der Versicherungsidee (33) bezeichnet. Sie haben in den letzten Jahrzehnten eine auch volkswirtschaftlich bedeutsame Leistung erbracht. (34)

1.2 Für das Publikum

Soweit ein grosser Bestand an Versicherungspolice für die Versicherungsgesellschaft zur Gewährleistung der Risikodeckung im Einzelfall erforderlich ist, deckt sich das Interesse des Versicherungspublicums an einer Umsatzsteigerung durch den Vermittlungsagenten mit demjenigen der Versicherungsgesellschaft, zumal die Verteilung der Werbe- und Verwaltungskosten der Gesellschaft auf viele Versicherungsnehmer (35) eine entsprechende Reduktion der Prämie zur Folge haben muss.

(31) Gruss, Aussenorganisation, 351; Dubois, 11.

(32) Merz, 27 und 30; Demisch, 46.

(33) Leiss, 6f, Meyer, H.R., 4; Sigg, 2; Trinkhaus, 1f.

(34) Merz, 30; gl. M. Leiss, 6f.

(35) Gruss, Auswahl, 2f.

Wie bereits dargestellt, muss der Vermittlungsagent im Versicherungsgeschäft den Bedarf beim Kunden erst wecken, (36) ihn vom Nutzen des Versicherungsschutzes bei zukünftigem Eintritt des ungewissen, befürchteten Ereignisses überzeugen. (37)

Den einmal abgeschlossenen Versicherungsvertrag hat der Agent laufend im Hinblick auf allenfalls erforderliche Anpassung (wie Erhöhung der Versicherungssumme, Aufnahme neuer Risiken, etc.) zu überwachen. Durch diese permanente Betreuung wird der Agent für den Kunden zu dessen Gewissen in Versicherungsbelangen. (38)

Dies setzt allerdings voraus, dass der Agent sich das Vertrauen jedes einzelnen Versicherungsnehmers erwirbt, indem er ihn objektiv über den angemessenen Versicherungsschutz berät. Im schweizerischen Versicherungsgewerbe haben es die Agenten verstanden, ihre Vertrauensposition zur Kundschaft derart auszubauen, dass in der einschlägigen Literatur behauptet wird, das Vertrauen des Publikums zu einer bestimmten Gesellschaft sei weitgehend von dessen Vertrauen zu den einzelnen Persönlichkeiten des Aussendienstes dieser Gesellschaft abhängig. (39)

(36) vgl. oben Abschn. 1.2

(37) Berger, AGV, 33f; Leiss, 6f; Wehrli, 2, Anm. 4.

(38) Merz, 29; Geiser, 50; Leiss, 6f; Trinkhaus 16 und 20ff; Hangartner, Diplomarbeit, 25, der der Betreuung einen mindestens gleichgrossen Stellenwert beimisst, wie der Umsatzsteigerung.

(39) Hangartner, Diplomarbeit, 25; Merz, 26; Wehrli, 2f; Leiss, 6f; wohl auch Müller-Lutz, 112. Dubois, S. 38, geht sogar soweit, dass er annimmt, aus der Sicht des Versicherungsnehmers bilde der Agent einen Teil des Risikos, das "die Gesellschaft gegenüber dem Versicherungslustigen bietet."

Diese Vertrauensrolle kann der Versicherungsagent nur erfüllen, wenn er über das erforderliche Fachwissen verfügt, (40) was eine solide Grundausbildung und eine laufende Weiterbildung voraussetzt. Diesem Erfordernis werden die befragten Gesellschaften in unterschiedlichem Umfange gerecht, dauert doch die Grundausbildung in der Praxis zwischen fünf Wochen und 18 Monaten, in der Regel aber drei Monate. Für die Weiterbildung werden zwei bis zwanzig Tage pro Jahr eingesetzt; die meisten Gesellschaften wenden dafür rund eine Arbeitswoche auf.

Die Tatsache, dass das Publikum im Versicherungsagenten einen eigentlichen Fachmann für Versicherungsfragen sieht, haben sich schon verschiedene Gesellschaften in ihrer Werbung nutzbar gemacht. So ist der Trend zur Umbenennung des Agenten in Versicherungsberater oder gar -experte nicht zu verkennen, wobei in den Massenmedien eine entsprechende Imagewerbung für den mit diesen Titeln ausgezeichneten Versicherungsvermittler geführt wird.

2. Die Rolle des Vermittlungsagenten im Versicherungsvertrag

Aus den beiden vorhergehenden Abschnitten lassen sich für den Vermittlungsagenten (41) im Versicherungsaussendienst folgende erwartete Aktivitäten ableiten:

- a) Seine vordringlichste Aufgabe besteht darin, dem Versicherer die Vergrößerung des Policenbestandes zu ermöglichen. Dieser Aufgabe wird er gerecht, indem er einerseits neue Kunden wirbt und andererseits die bis-

(40) Koenig Hans, 6.

(41) Alle nachfolgenden Ausführungen gelten auch für den Abschlussagenten.

herigen Kunden für Anpassungen und Erweiterungen des Versicherungsschutzes gewinnt. (42)

Die Vergrößerung des Bestandes liegt sowohl im Interesse des Versicherers als auch der Versicherungsnehmer. (43) Dabei soll er, wiederum im Interesse des Versicherers als auch der bisherigen Versicherungsnehmer, dem Versicherer nur die besten Kunden vermitteln, (44) wobei hier vor allem an deren Zahlungsfähigkeit zu denken ist.

- b) Der Vermittlungsagent übt als Versicherungsfachmann gegenüber dem in Versicherungsfragen meist unkundigen Interessenten oder Versicherungsnehmer wichtige Beraterfunktionen aus. (45)

Beim Versicherungsschutz als vertraglicher Gegenleistung handelt es sich im Moment des Abschlusses um eine für den Versicherungsinteressenten unsichtbare Leistung, (46) deren Bedarf dieser meist nicht von sich aus ermitteln kann. Der Vermittlungsagent hat ihm deshalb die Versicherungsmöglichkeiten, deren Nutzen und Kosten aufzuzeigen (47) und damit das Versicherungsbedürfnis zu wecken. (48)

(42) Hangartner, Diplomarbeit, 25, sieht die Bestandespflege als wichtigste Tätigkeit des Agenten, wobei er annimmt, die Vergrößerung des Portefeuilles ergebe sich dann von selbst. Dieser Ansicht kann soweit zugestimmt werden, dass - wie ausgeführt - die Bestandespflege ebenso wichtig ist, wie die Neuproduktion. Die von Hangartner vorgenommene Gewichtung zugunsten der Bestandespflege ist aber abzulehnen.

(43) vgl. oben Abschn. 1.1.

(44) Padel, 15; Burnand, 37.

(45) Dubois, 38.

(46) Müller-Lutz, 112.

(47) Wehrli, 2, Anm. 4; Leiss, 6; Farner, 38.

(48) Leiss, 6f.

Die Bedeutung der komplizierten Bestimmungen des Versicherungsvertrages und der Versicherungsbedingungen sind dem Laien "oft schleierhaft"; (49) er ist deshalb auf eine sachkundige Aufklärung durch den Vermittlungsagenten dringend angewiesen. (50) Von einer objektiven und sachkundigen Information in diesem Stadium der Vertragsverhandlungen hängt schliesslich das für das mehrere Jahre geltende Dauerschuldverhältnis des Versicherungsvertrages - unbedingt erforderliche Vertrauen des Versicherungsnehmers zum Versicherer ab. (51) Diese Aufklärungstätigkeit liegt deshalb auch im Interesse des Versicherers.

Ueberdies übt der Vermittlungsagent bei der "Ausgestaltung des Versicherungsschutzes" (Feststellung der zu versichernden Risiken) und bei der "Festlegung des Vertragsinhaltes" (Versicherungssumme, Laufzeit, Zahlungskonditionen, etc.) grossen Einfluss auf den Versicherungsnehmer aus. (52) Auch hier verlangen sowohl die Interessen des Versicherungsnehmers als auch jene des Versicherers eine objektive Beratung. (53)

- c) Im Versicherungsgeschäft besteht die Eigentümlichkeit, dass zwar der Versicherer über sein feinmaschiges Aussendienstnetz an den Versicherungsinteressenten heran-

(49) Wehrli, 2.

(50) Rabich, 14; Meyer H.R., 13.

(51) Wehrli, 3.

(52) Merz, 28.

(53) Mit Testuz, S. 28, kann man den Vermittlungsagenten in diesem Beratungsbereich als Schiedsrichter zwischen den Interessen des Versicherers und denjenigen des Versicherungsnehmers sehen, soweit sich diese Interessen nicht vollaufen decken (wenn z.B. der Versicherer an einer möglichst langen Laufzeit der Versicherung interessiert ist, der Versicherungsnehmer aber eine gewisse Flexibilität behalten möchte).

tritt, ihn zum Abschluss eines Versicherungsvertrages motiviert, sich aber gestützt auf Art. 1 VVG zum Abschluss dieses Versicherungsvertrages vom Versicherungsinteressenten einen Antrag, also eine Offerte unterbreiten lässt. Dieses Prozedere hängt damit zusammen, dass der Versicherer aus versicherungstechnischen Gründen gezwungen ist, die ihm unterbreiteten Risiken genauestens zu prüfen, (54) wozu seine Aussendienstorgane nicht in der Lage sind.

Bei dieser Antragstellung ist zu beachten, dass den Antragsteller gestützt auf Art. 4 VVG eine schriftliche Anzeigepflicht bezüglich aller für den vorgesehenen Versicherungsvertrag erheblichen Gefahrstatsachen trifft, wobei Art. 4 Abs. 3 VVG die Erheblichkeit von Gefahrstatsachen vermutet, nach denen der Versicherer in "bestimmter, unzweideutiger Fassung" schriftlich fragt. Im Gegensatz etwa zum deutschen Versicherungsvertragsrecht (55) setzt Art. 4 Abs. 2 VVG allerdings keine selbständige Deklarationspflicht des Versicherungsinteressenten (56) sondern lediglich eine Antwortpflicht auf schriftlich gestellte Fragen des Versicherers fest.

Auch die Antragstellung bereitet dem Versicherungsinteressenten meist Mühe; überdies bedarf er zur Beantwortung der gestellten Fragen oft einer eingehenden Erklärung. Die Beraterrolle des Vermittlungsagenten erstreckt sich folglich auch auf die Antragstellung. (57) Diese Beratungstätigkeit liegt auch im Interesse des

(54) Botschaft VVG, 269.

(55) dVVG §§ 16 und 18

(56) Roelli/Keller, 94.

(57) Rabich, 14.

Versicherers. Er kann die Risikoabwägung nur anhand eines sachgerecht gestellten Antrages vornehmen. Werden Rückfragen notwendig, so riskiert der Versicherer, dass er die Annahme des Antrages nicht mehr innert der in Art. 1 Abs. 1 und 2 VVG festgesetzten Frist erklären kann, und der Antragsteller folglich an seinen Antrag nicht mehr gebunden ist. Ausserdem ist zu beachten, dass die Datenverarbeitung, die auch im Versicherungswesen Einzug gehalten hat, eine formell korrekte Ausfüllung des Antragsformulars erfordert, damit eine sichere Datenerfassung gewährleistet ist.

- d) Nach unbestrittener Rechtsauffassung kann der Vermittlungsagent den Versicherungsantrag für den Versicherer und den Antragsteller wirksam entgegennehmen. (58) Damit läuft dem Versicherer die in Art. 1 VVG festgelegte Annahmefrist seit der Entgegennahme des Antrages durch den Vermittlungsagenten. Der Antragsteller wird durch die Uebergabe des Antrages an den Vermittlungsagenten im Sinne von Art. 1 VVG an seinen Antrag gebunden. (59)
- e) Während der Dauer des Versicherungsvertrages hat der Agent einerseits den Kontakt zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer aufrechtzuerhalten, (60) und andererseits gestützt auf Art. 44 Abs. 3 VVG dem Versicherungsnehmer als Meldestelle zur Verfügung zu stehen, sofern die Entgegennahme von Meldungen durch den Vermittlungsagenten im Versicherungsvertrag oder den Versicherungsbedingungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde.

(58) Statt vieler: Roelli/Keller, 33 und 513.

(59) Koenig W., Privatversicherungsrecht, 71.

(60) Burnand, 67; Koenig Hans, 16; Meyer H.R. 14, Hangartner, Diplomarbeit, 1; Geiser, 50f.

Der gute Vermittlungsagent wird es dabei aber nicht be-
wenden lassen. Er steht dem Versicherungsnehmer viel-
mehr während der gesamten Vertragsdauer als Berater in
Versicherungsfragen zur Verfügung. (61) Dank dieser
aktiven Bestandespflege (62) bietet er dem Versiche-
rungsnehmer eine gewisse Gewähr dafür, jederzeit aus-
reichend versichert zu sein. Der Versicherer profitiert
von dieser Bestandespflege insofern, dass daraus immer
wieder Anpassungen bestehender Verträge oder Erweite-
rungen des Versicherungsschutzes durch Aufnahme neuer
Risiken resultieren. Ausserdem hilft die aktive Be-
standespflege, das Vertrauensverhältnis zwischen Ver-
sicherer und Versicherungsnehmer wesentlich zu vertie-
fen.

Damit dem Vermittlungsagenten ausreichend Zeit für die
Bestandespflege zur Verfügung steht, ist der Versiche-
rer gezwungen, seine Aussendienstorganisation ent-
sprechend dem Wachstum des Portefeuilles laufend anzu-
passen. Nur wenn eine solche Anpassung stattfindet, ist
es dem Vermittlungsagenten möglich, seiner ihm aufer-
legten Rolle zwischen Versicherer und Versicherungs-
nehmer vollumfänglich gerecht zu werden.

(61) Merz, 29.

(62) Hangartner, Diplomarbeit, 25.

II. Kapitel: Definitionen und Abgrenzungen

1. Der Agent nach Art. 34 VVG

Gemäss Art. 34 Abs. 1 VVG gilt der Agent "dem Versicherungsnehmer gegenüber als ermächtigt, für den Versicherer alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche die Verrichtungen eines solchen Agenten gewöhnlich mit sich bringen, oder die der Agent mit stillschweigender Genehmigung des Versicherers vorzunehmen pflegt." Er ist hingegen nicht befugt, zugunsten oder zuungunsten des Versicherungsnehmers von den allgemeinen Versicherungsbedingungen abzuweichen. (1)

Diese Bestimmung enthält lediglich die gesetzliche Vollmacht des Versicherungsagenten; das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Versicherer wird durch das VVG nicht näher bestimmt, gestützt auf Art. 100 VVG wird es durch das allgemeine Recht geregelt. (2)

Nun kann sich aber der Begriff "Agent" in Art. 34 VVG keinesfalls auf den gleichlautenden Begriff in Art. 418a ff OR beziehen, weil das Agenturvertragsrecht erst am 1. Januar 1950 Eingang ins positive Recht der Schweiz fand, währenddem das VVG bereits im April 1908 gestützt auf die Botschaft des Bundesrates vom 2. Februar 1904 erlassen wurde und auf den 1. Januar 1910 in Kraft trat. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass das Bundesgericht es in den Jahren 1889 und 1893 noch ablehnte, (3) dem Begriff "Agent" eine juri-

(1) Art. 34 Abs. 2 VVG; vgl. aber unten Abschn. 2.4.

(2) Roelli/Keller, 499; Roelli, 412; Farner, 8.

(3) BGE 15, 337 und 19, 863.

stische Bedeutung beizumessen. Erst im Jahre 1903 (4) hat das Bundesgericht dem Begriff "Agent" den heute in Art. 418a Abs. 1 OR definierten Rechtsinhalt zuerkannt.

Das schweizerische VVG basiert auf einem Entwurf von Roelli, den dieser dem Bundesrat bereits im Jahre 1896 einreichte. Anschliessend arbeitete die Expertenkommission den definitiven Gesetzesentwurf aus, der in der Schlussabstimmung der Kommission vom 1. Oktober 1901 einstimmig angenommen wurde. (5) Der Wortlaut von Art. 33 des Entwurfes des VVG ist identisch mit demjenigen des geltenden Art. 34 VVG. Da der Entwurf aus dem Jahre 1901 stammt, die bundesgerichtliche Definition des Agenten aber erst im Jahre 1903 erfolgte, steht fest, dass dem Begriff "Agent" gemäss Art. 34 VVG auch nicht der Rechtsinhalt gemäss BGE 29 II 109 zukommen kann. (6) In der Praxis kommen denn auch unterschiedliche Vertragsarten für das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsagent zur Anwendung: Neben dem heute im Vordergrund stehenden Arbeitsvertragsverhältnis ist auch die Anwendung des Agenturvertrags und des Mandatsverhältnisses (einfacher Auftrag) bekannt. (7)

1.1 Haupt- und nebenberuflich tätiger Agent

Wie oben (8) dargestellt, sind im schweizerischen Versicherungsaussendienst rund 6000 hauptberufliche und schätzungsweise 30'000 nebenberufliche Vermittlungsagenten tätig. Für beide Kategorien gilt die in Art. 34 Abs. 1 VVG festgelegte

(4) BGE 29 II 109.

(5) Botschaft VVG, 247f.

(6) gl. M. Roelli, 415, der sich ebenfalls auf BGE 15, 337 und 19, 863 bezieht und feststellt, dass der Begriff Agent gemäss Art. 34 VVG "kein festgeschlossener Rechtsbegriff" sei.

(7) Roelli/Keller, 499.

(8) vgl. Kap. I, Abschn. 1.1.

Verantwortlichkeit des Versicherers uneingeschränkt. (9) Von verschiedenen Autoren (10) ist die Auffassung vertreten worden, die "stillen" Vermittler oder "Acquisiteure" seien keine Versicherungsagenten im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VVG, weshalb keine Verantwortlichkeit des Versicherers bestehe. Bei dieser Behauptung wird die Tatsache übersehen, dass Art. 34 VVG keinerlei Bestimmungen darüber enthält, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsagenten zu gestalten sei, damit Art. 34 Abs. 1 VVG Anwendung finde. Gestützt auf diese Tatsache ist es nicht haltbar, die Anwendbarkeit von Art. 34 VVG dahingehend zu beschränken, dass als Versicherungsagent nur gelte, wer dauernd, haupt- oder nebenberuflich für den Versicherer tätig sei. Entscheidend dafür, ob die Tätigkeit eines bestimmten Versicherungsvermittlers unter Art. 34 VVG fällt oder nicht, ist allein die nach aussen kundgegebene Bestellung dieser Person durch den Versicherer, wobei die Bestellung des Versicherungsagenten ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann. Stillschweigende Bestellung liegt etwa vor, wenn "der Versicherer oder sein mit der Agentenbestellung betrautes Organ von einem nicht beauftragten Dritten Agentendienst annimmt oder einen nicht beauftragten Dritten als seinen Agenten schalten und walten lässt". (11)

Jede andere Auslegung würde der relativ zwingenden Vorschrift von Art. 34 VVG zuwiderlaufen. (12)

Es mag im Versicherungsaussendienst Personen geben, die als stille Vermittler wirken und Art. 34 VVG nicht unterstehen. Deren Tätigkeit muss sich aber darauf beschränken, dass sie

(9) Roelli, 415; Roelli/Keller, 499f.,

(10) Dubois, 9f; Padel, 12; Meyer H.R., 21; a.M. Roelli, 415; Roelli/Keller, 500.

(11) Roelli, 415f.

(12) vgl. Art. 98 VVG.

dem Versicherungsagenten gegen ein bescheidenes Entgelt Möglichkeiten zum Abschluss eines Versicherungsvertrages anzeigen. (13) Entscheidend ist jedoch, dass sie nach aussen in keiner Weise als Beauftragte des Versicherers auftreten.

1.2 Selbständiger und unselbständiger Agent

Soweit der Versicherungsagent als Arbeitnehmer des Versicherers im Sinne von Art. 319ff OR zu qualifizieren ist, gilt er als unselbständiger Agent. Demgegenüber ist der Vermittlungsagent, der als Agent im Sinne von Art. 418a ff OR tätig ist, als selbständiger Agent charakterisiert. Der Mandatar, der im Auftragsverhältnis für den Versicherer tätig ist, nimmt eine Mittelstellung zwischen Arbeitnehmer und selbständigem Agent ein.

Auch mit Bezug auf den Grad der Selbständigkeit sagt Art. 34 Abs. 1 VVG nichts aus. Aus der relativ zwingenden Ausgestaltung dieser Norm ergibt sich aber, dass sie unabhängig vom Grad der Selbständigkeit des Versicherungsagenten anwendbar sein muss.

1.3 Generalagent und Unteragent

Die Unterscheidung zwischen Generalagent und Unteragent ist rein organisatorischer Natur. (14) Dem Generalagenten obliegt die Organisation des Aussendienstes einer Versicherungsgesellschaft, währenddem der Unteragent die eigentliche Werbearbeit in seinem Bezirk oder in seinem Ort besorgt. (15)

(13) Meyer H.R., 6; zu denken ist etwa an den Beamten der Einwohnerkontrolle, der dem Versicherungsagenten alle Neuzuzüge meldet.

(14) Meyer H.R., 20; Dubois, 12.

(15) Meister Herbert, 97; Meyer H.R., 20f.

Da aber in der Praxis auch der Generalagent nach aussen als Vermittler auftritt, darf mit Bezug auf Art. 34 Abs. 1 VVG gesagt werden, dass der Titel, den der Agent führt, für die Anwendung von Art. 34 VVG unerheblich ist. (16) Der Titel sagt aber auch nichts aus über die Vollmacht des Agenten; insbesondere darf aus dem Titel "Generalagent" nicht geschlossen werden, dieser Agent verfüge über eine Abschlussvollmacht. (17)

1.4 Vertragspartner des Vermittlungsagenten

Aus der Organisation des Versicherungsaussendienstes ergibt sich die Möglichkeit, dass das Vertragsverhältnis des Vermittlungsagenten entweder mit dem Versicherer oder aber mit dessen Generalagenten besteht. Da es nach Art. 34 VVG gleichgültig ist, ob das Vertragsverhältnis des Vermittlungsagenten mit dem Versicherer oder dem Generalagenten besteht, (18) wird im folgenden zwischen den beiden möglichen Vertragsparteien nicht unterschieden und nur noch vom Versicherer gesprochen.

1.5 Rechtsform der Versicherungsagentur

Dort wo der Vermittlungsagent mit dem Versicherer einen Agenturvertrag im Sinne von Art. 418a ff OR abschliesst, besteht kein Zwang dafür, dass der Vertragspartner des Versicherers eine natürliche Person sein muss. In der Praxis sind denn auch Versicherungsagenturen in der Rechtsform von Kollektivgesellschaften und sogar in der Form von Aktiengesellschaften bekannt. (19) In diesen Fällen ist Art. 34 VVG m.E. sowohl auf die Handlungen der Agenturgesellschaft - die

(16) Roelli, 418; Dubois, 13 und 37; Blatter, 34; Meyer H.R., 19.

(17) Dubois, 13; Roelli/Keller, 503.

(18) Roelli, 416; Roelli/Keller, 500.

(19) vgl. Wehrli, 26.

durch deren Organe (Geschäftsführer im Falle der Personengesellschaft; Verwaltungsrat, Direktoren und Handlungsbevollmächtigte bei der Aktiengesellschaft) vertreten wird - als auch auf die Handlungen der von der Agenturgesellschaft bestellten Vermittlungsagenten anwendbar, vorausgesetzt sie besitzt diese Bestellbefugnis. (20)

2. Abgrenzungen

2.1 Zum Agentenbegriff nach Art. 418a ff OR

Wie bereits oben in Abschnitt 1. dargelegt, ist der Agentenbegriff von Art. 34 Abs. 1 VVG mit demjenigen von Art. 418a Abs. 1 OR nicht identisch.

Art. 418a Abs. 1 OR verlangt, dass der Agent zum Auftraggeber nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen darf. Die meisten unter Art. 34 Abs. 1 VVG fallenden Agenten stehen jedoch in einem Arbeitsverhältnis zum Versicherer (21) und sind demzufolge als abhängige Agenten (22) zu qualifizieren, während Art. 418a Abs. 1 OR die Selbständigkeit des Agenten voraussetzt. (23)

Agent im Sinne von Art. 34 VVG kann auch sein, wer nicht ständig für den Versicherer tätig ist, (24) wogegen die dauernde Tätigkeit eines der Hauptmerkmale des Agenten nach Art. 418a Abs. 1 OR ist. (25)

(20) vgl. Roelli, 416.

(21) Roelli/Keller, 499.

(22) Leiss, 30.

(23) Botschaft AGV, 672; Sten. Bull. SR 1948, 54 (SR Stüssi).

(24) vgl. oben Abschn. 1.; entscheidend ist allein, dass der Gelegenheitsagent mit Zustimmung des Versicherers als Versicherungsagent nach aussen auftritt.

(25) Botschaft AGV, 672; Sten. Bull. SR 1948, 54 (SR Stüssi); Berger, AGV, 40.

Dem Agenten nach Art. 418a Abs. 1 OR kann aber die Stellung eines Versicherungsagenten im Sinne von Art. 34 VVG zukommen.

2.2 Zum Mäkler

Im Unterschied zum Agenten nach Art. 418a Abs. 1 OR ist der Mäkler nicht dauernd für den Auftraggeber tätig. (26) Der Mäklervertrag wird normalerweise für ein einzelnes, bestimmtes Geschäft eingegangen (26) und geht mit dem Abschluss des vermittelten Vertrages durch Erfüllung unter. (27)

Grundsätzlich könnte sich der Versicherer eines Mäklers bedienen, womit dem letzteren im Bezug auf die vermittelten Versicherungen die Agentenstellung im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VVG zukommen würde. (28) In der Praxis wird von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht, da auch der Versicherer an der Bestandespflege ebenso interessiert ist, (29) wie an der Neuproduktion. Aus diesem Grund kann in der vorliegenden Arbeit auf die Betrachtung des Mäklervertrages verzichtet werden, zumal Art. 412 Abs. 2 OR vorschreibt, dass auf den Mäklervertrag die Bestimmungen über den einfachen Auftrag anwendbar seien.

(26) Botschaft AGV, 672; BGE 29 II 109; Leiss, 29; Berger AGV, 40; Blatter, 14f; Dubois, 8.

(27) Guhl, 445; Leiss, 29; Padel, 31ff; Langmack, 16, Dubois, 8; Wehrli, 30.

(28) Burnand, 32; Leiss, 29. Padel, 33, Schärer, 32 und Langmack, 16 räumen dem Mäkler eine neutrale Stellung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ein, was aber nicht zwingend der Fall sein muss. Art. 412 Abs. 1 OR spricht auf jeden Fall gegen diese Annahme, da dort offensichtlich an eine Vermittlungstätigkeit im alleinigen Interessen des Auftraggebers gedacht ist. Auch Art. 415 OR widerspricht der zitierten Auffassung.

(29) vgl. Kap. I, Abschn. 2 lit. e und dort zitierte Literatur.

Die in neuerer Zeit auch in der Schweiz auftretenden Versicherungsbroker beraten die Versicherungssuchenden in Versicherungsfragen und weisen ihnen Abschlussmöglichkeiten für Versicherungsverträge nach. Ihnen kommt die rechtliche Stellung eines Mäklers zu, der aber im Auftrag und im Interesse des Versicherungsnehmers tätig wird (30) und deshalb nicht unter Art. 34 VVG fallen kann.

- 2.3 Zum Generalbevollmächtigten nach Art. 2 Ziff. 3 lit. b VAG
Ausländische Versicherungsgesellschaften sind gestützt auf Art. 2 Ziff. 3 lit. b VAG verpflichtet, einen Generalbevollmächtigten für das Gebiet der Schweiz zu bezeichnen und dem Bundesrat eine Abschrift von dessen Vollmacht vorzulegen.

Der Generalbevollmächtigte vertritt die ausländische Gesellschaft gegenüber den Aufsichtsbehörden (31) und gegenüber Dritten, soweit Angelegenheiten über die Ausführung des Aufsichtsgesetzes und des Kautionsgesetzes zur Diskussion stehen. (32)

Der Generalbevollmächtigte muss Schweizerbürger mit Wohnsitz in der Schweiz sein, wobei allerdings das EJPD aus besonderen Gründen auch einen in der Schweiz wohnhaften Ausländer als Generalbevollmächtigten zulassen kann. (33)

Seine gesetzlichen Befugnisse und Pflichten sind in Art. 48 der Verordnung des Bundesrates über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen vom 11. September 1931

(30) Leiss, 8; Trinkhaus, 131ff; Meyer H.R., 18,; Testutz, 11f.

(31) Koenig, Privatversicherungsrecht, 60.

(32) Verordnung des Bundesrates über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen vom 11. September 1931, Art. 48 Abs. 1.

(33) a.a.O., Art. 47 Abs. 2; Koenig, Privatversicherungsrecht, 51, erwähnt die Ausnahmeregelung nicht.

geregelt. Er ist unter anderem verpflichtet, die erforderlichen Bücher und Register zu führen und vorschriftsgemäss aufzubewahren. Sodann ist er befugt, die Gesellschaft vor schweizerischen Gerichten und Betreibungs- und Konkursbehörden zu vertreten. Er gilt als Meldestelle im Sinne von Art. 44 Abs. 1 VVG.

Zur Vertretung der Gesellschaft in versicherungsvertragsrechtlichen Angelegenheiten ist der Generalbevollmächtigte nicht befugt, es sei denn, er übe neben seiner Tätigkeit als Generalbevollmächtigter auch noch den Beruf eines Versicherungsagenten aus. (34) Für diesen Bereich seiner Tätigkeit für den Versicherer ergibt sich seine Vertretungsbefugnis ausschliesslich aus Art. 34 VVG. Aus seinem aufsichtsrechtlichen Titel als "Generalbevollmächtigter" darf kein Schluss auf seine Vertretungsbefugnisse gegenüber dem Versicherungsnehmer gezogen werden. (35)

2.4 Zum Abschlussagenten

Die Erteilung der Abschlussvollmacht durch den Versicherer, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann, (36) ist ohne Einfluss auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherer und seinem Agenten. Der Unterschied zwischen dem Abschluss- und dem Vermittlungsagenten liegt einzig in der weiterreichenden Vertretungsvollmacht des Abschlussagenten. (37)

Ob ein Agent als Abschluss- oder als Vermittlungsagent zu qualifizieren ist, ist Tatfrage. (38) Dabei ist es für den

(34) Koenig, Privatversicherungsrecht, 60.

(35) Roelli/Keller, 503.

(36) Roelli/Keller, 505.

(37) vgl. unten Kap. V, Abschn. 1.3.

(38) Roelli, 420; Roelli/Keller, 505; Meyer H.R., 15; Koenig, Privatversicherungsrecht, 67; BGE 51 II 437f.

Versicherungsnehmer praktisch unmöglich festzustellen, ob er es mit einem Abschluss- oder einem Vermittlungsagenten zu tun hat. (39) Nach aussen wird die Abschlussvollmacht - ausdrückliche Mitteilung des Versicherers vorbehalten - nur dadurch erkenntlich, dass der Agent etwa die Police allein unterzeichnet, (40) wobei blosser Mitunterzeichnung keinen Schluss auf Vorliegen einer Abschlussvollmacht zulässt. (41) Auch aus der Tatsache, dass der Agent für einkassierte Prämien selbst quittiert, darf geschlossen werden, er sei Abschlussagent. (42) Sodann kann daraus abgeleitet werden, dass der Agent mit ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung des Versicherers die allgemeinen Versicherungsbedingungen abändert, er verfüge über eine Abschlussvollmacht. (43)

Hingegen kann aus dem Titel, den der Agent führt kein Schluss auf das Vorliegen einer Abschlussvollmacht gezogen werden. (44)

-
- (39) Farner, 34; Koenig, Privatversicherungsrecht, 67.
(40) Roelli/Keller, 505; Koenig, Privatversicherungsrecht, 67; Meyer H.R., 85.
(41) Roelli/Keller, 505.
(42) Meyer H.R., 85; gl. M. offensichtlich Koenig, Privatversicherungsrecht, 67, der sogar schon dann auf Abschlussvollmacht erkennen will, wenn der Agent "sich durch den Besitz der Prämienquittung zum Inkasso legitimiert." Diese Auffassung geht allerdings etwas zu weit, wäre doch demnach jeder Inkassoagent automatisch Abschlussagent.
(43) Meyer H.R., 85: Gemäss Art. 34 Abs. 2 VVG ist der Agent nicht befugt, die Versicherungsbedingungen zugunsten oder zuungunsten des Versicherungsnehmers abzuändern. In der Judikatur wird aber die Auffassung vertreten, dass er Bedingungen mit Billigung des Versicherers zugunsten des Versicherungsnehmers trotzdem abändern dürfe: Vgl. Koenig, Privatversicherungsrecht, 65, Anm. 2.
(44) Roelli/Keller, 505; Koenig, Privatversicherungsrecht, 67; BGE 51 II 457 und 73 II 54. Nach richtiger Auffassung von Roelli/Keller, 503f, spielt der Titel des Agenten aber insofern eine Rolle, als der Tatsache, dass einem Agenten mit hochtrabendem Titel mehr Vertrauen entgegengebracht wird, bei der Festlegung der Verantwortlichkeit des Versicherers im konkreten Fall angemessene Rechnung zu tragen ist.

3. Eigener Agentenbegriff von Art. 34 VVG (45)

Nachdem festgestellt wurde, dass sowohl der angestellte als auch der selbständige Versicherungsvermittler, sei er haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder vorübergehend tätig, verfüge er über Abschlussvollmacht oder nicht, unbesehen von seinem Titel als Versicherungsagent im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VVG gilt, ergibt sich, dass Art. 34 Abs. 1 VVG einen eigenen Agentenbegriff enthält, der wesentlich weiter gefasst ist, als jener in Art. 418a Abs. 1 OR.

Der versicherungsrechtliche Agentenbegriff kann wie folgt definiert werden:

Agent im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VVG ist - unabhängig von der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zum Versicherer - jede natürliche oder juristische Person, die mit ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung des Versicherers den Geschäftsverkehr zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer vermittelt. (46)

(45) vgl. Koenig, Privatversicherungsrecht, 61.

(46) ähnliche Definition bei Roelli, 415; Meyer H.R., 12; Dubois, 9f; letztere beiden schliessen aber die Gelegenheitsagenten aus (vgl. oben Abschn. 1.1).

III. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent

1. Allgemeine Entwicklung

Die Idee, Rechtsgeschäfte oder Teile davon durch Dritte ausführen zu lassen, reicht zurück bis ins römische Recht. Die Vorstellungen der Römer über die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem waren allerdings noch wenig entwickelt; so musste der Vertreter vorerst eigenes Recht erwerben, und dieses anschliessend dem Vertretenen tradieren. (1) Ein direkter Rechtserwerb des Vertretenen konnte im römischen Recht nur durch die Verwendung von Hauskindern und Sklaven als Vertreter erreicht werden. (2)

Der dokumentierte Nachweis der Versicherungsvermittlung reicht zurück bis ins Spätmittelalter. Aus dem Jahre 1319 sind Geschäftsbücher einer Florentiner Firma erhalten, in denen Vermittlungsprovisionen für Seeversicherungen verbucht wurden. Aus ebenfalls erhaltenen Versicherungspolicen aus dem Jahre 1347 lässt sich die Versicherungsvermittlung in der Hafenstadt Genua nachweisen. Die ersten satzungsmässigen Regelungen des Vertragsverhältnisses des Versicherungsvermittlers sind in den Statuten von Barcelona - dem ältesten bekannten Seeversicherungsgesetz - enthalten. (3)

In unseren Breitengraden erlebte der Stand der Versicherungsmakler im 15. und 16. Jahrhundert in den Niederlanden ihr goldenes Zeitalter. Im deutschen Sprachgebiet ist der Ver-

(1) Diese Vertretungsform ist auch dem modernen Recht als indirekte Vertretung noch bekannt (Art. 32 Abs. 3 OR).

(2) vgl. zu diesem Absatz Kaser, S. 53ff.

(3) Alle Angaben nach Moeller, 129f.

sicherungsmakler erst 1588 in Deutschland aktenkundig nachweisbar. 1642 wurde die "hamburgische Maklerordnung" erlassen, nach der nur "gute, tüchtige Personen zu geschworenen Mäklern genommen werden" durften. (4)

Der eigentliche Durchbruch der Entwicklung der Institute des Vertreters oder Vermittlers erfolgte erst mit der industriellen Revolution anfangs des 19. Jahrhunderts. (5) Durch Konzentration und Steigerung der Kapazität der Produktionsmittel einerseits und durch die Verbesserung der Transportmittel andererseits konnten die Produzenten ihre Absatzgebiete erheblich erweitern. Bekannt sind etwa die schweizerischen Exporte von Textilprodukten in überseeische Länder. Infolge dieser grossen geographischen Ausdehnung des Absatzgebietes war es dem Geschäftsinhaber nicht mehr möglich, sich auf allen von ihm bearbeiteten Märkten persönlich um den Absatz seiner Produkte zu kümmern. Er war gezwungen, "zwischen sich und der Kundschaft neue Zwischenglieder einzuschalten, ständige Vermittler, die seine Interessen ständig wahrten, die Kundschaft besuchten, ihren Bedarf ermittelten, sie erhielten und vergrösserten: Voraussetzungen, die sowohl der Handelsreisende als auch der Agent erfüllen." (6)

Anfänglich bedienten die Unternehmer sich der angestellten Handelsreisenden, die aber nicht zuletzt aus Kostengründen schon bald durch die Agenten verdrängt wurden. Der Agent arbeitete auf Umsatzprovisionsbasis und hatte den Aufwand und die Kosten seiner Bemühungen selbst zu tragen, womit der Unternehmer sich dieses Teils des Verkaufsrisikos entledigen konnte. (7)

(4) Moeller, 131.

(5) Leiss, 4ff; Schärer, 1f, Wehrli, 4 und dort zitierte Literatur.

(6) Leiss, 5; Wehrli, 5; wohl auch Berger, AGV, 33f, der aber den Beginn dieser Entwicklung erst Ende des 19. Jahrhunderts sieht.

(7) Botschaft, AGV, 661; Leiss, 5 und dort zitierte Literatur.

2. Entwicklung in der Schweiz

In der Schweiz geht der Beginn der Entwicklung des Versicherungswesens auf die anfangs des 19. Jahrhunderts eingeführten kantonalen Gebäudeversicherungsanstalten zurück (Aargau 1805, Bern 1806, Basel-Stadt 1807, Zürich 1808) (8) Schon 1826 wurde mit der Schweizerischen Mobiliarversicherungsgesellschaft, einer Genossenschaft auf Gegenseitigkeit, die erste private Sachversicherungsgesellschaft gegründet. (9) In den Jahren 1861 bis 1895 folgten weitere fünfzehn Neugründungen von Versicherungsgesellschaften, die allerdings meist in die Rechtsform der Aktiengesellschaft gekleidet worden sind. (10)

1840 gründete das Kaufmännische Direktorium St. Gallen mit der Schweizerischen Erb-, Wittwen- und Alterskasse die erste private Lebens- und Rentenversicherungsinstitution der Schweiz, deren Policen 1862 auf die älteste noch bestehende Lebensversicherungsgesellschaft - die 1857 gegründete Schweizerische Rentenanstalt - übertragen wurden. (11) Bis zum Beginn unseres Jahrhunderts erfolgten fünf weitere Gründungen von Lebensversicherungsgesellschaften, wobei auch hier die Rechtsform der Aktiengesellschaft überwiegte. (12)

Aus den oben - in Kapitel I - dargelegten Ueberlegungen ergibt sich zwingend, dass die Entwicklung des Berufsstandes

(8) Weidmann, 8.

(9) Schweizerische Versicherungsgesellschaften 1978, publiziert durch Neue Rückversicherungs-Gesellschaft, Genf 1978, 88.

(10) Schweizerische Versicherungsgesellschaften 1978, a.a.O., 88.

(11) Weidmann, 8. Bei der Rentenanstalt handelt es sich ebenfalls um eine Genossenschaft auf Gegenseitigkeit.

(12) Schweizerische Versicherungsgesellschaften 1978, a.a.O., 86.

des Versicherungsagenten praktisch mit der Gründung der ersten privaten Versicherungsgesellschaft beginnen musste.

(13) Dabei hat sich der Berufsstand der Versicherungsagenten aber unabhängig von demjenigen der Handelsagenten entwickelt. (14)

Die Kodifikation der möglichen Rechtsverhältnisse zwischen Versicherer und Vermittlungsagent hinkte in der Schweiz z.T. um mehr als 100 Jahre hinter der wirtschaftlichen Entwicklung her.

2.1 Die Entstehung des Handelsreisendengesetzes

Ein erster Anlauf zur gesetzlichen Regelung wurde im Jahre 1881 im Rahmen der Schaffung des Dienstvertragsrechtes innerhalb des Schweizerischen Obligationenrechtes genommen. Da diese erste Kodifikation den Dienstvertrag grundsätzlich unter die Maxime der Vertragsfreiheit stellte, blieben Begründung, Inhalt und Beendigung des Dienstvertragsverhältnisses fast ausschliesslich der freien Vereinbarung durch die Parteien überlassen. (15) Vom geforderten sozialen Schutz des Arbeitnehmers war dieses Gesetz jedenfalls noch weit entfernt, wobei sich insbesondere die praktisch unbeschränkte Vertragsfreiheit zum schweren Nachteil der Arbeitnehmer auswirkte. (16) Dieser Mangel führte denn auch dazu, dass der Dienstvertragstitel anlässlich der Gesamtrevision des Obligationenrechtes im Jahre 1911 vollständig umgestaltet wurde. Art. 346 des revidierten Obligationenrechtes anerkannte zwar für den Dienstvertrag immer noch die Vertragsfreiheit, "aber sie wurde zum Schutze des dienstleistenden Menschen durch zahlreiche zwingende Be-

(13) Moeller, 133.

(14) Wehrli, 12; Moeller, 132; wenn gleich die Ursachen (Absenz des Unternehmers von bestimmten Teilmärkten) dieselben sind.

(15) Botschaft Arbeitsvertrag, 241.

(16) Botschaft Arbeitsvertrag, 242.

stimmungen weitgehenden Beschränkungen unterworfen." (17)

Allein die Bestimmung des Lohnes blieb weiterhin - mit gewissen Einschränkungen durch Normal- und Gesamtarbeitsverträge - dem freien Willen der Parteien überlassen, wie dies auch im heute geltenden Arbeitsvertragsrecht (Art. 322 Abs. 1 OR) noch der Fall ist.

Für das Rechtsverhältnis des angestellten Handelsreisenden - als solcher kann der Versicherungsvermittler tätig sein (18) - bedeutet dies, dass der Unternehmer als stärkere Vertragspartei durchsetzen konnte, dass der Reisende als einzige Entschädigung für seine Tätigkeit die erfolgsbedingte Provision erhielt. Sehr oft wurde zudem vereinbart, dass der Reisende seine Auslagen für die Reisetätigkeit ebenfalls aus der verdienten Provision zu bestreiten habe, dass er also von seinem Arbeitgeber keine Spesenentschädigung erhalte. (19) Offenbar reichte die verdiente Provision den meisten Handelsreisenden nicht einmal zur Deckung ihrer Berufskosten. (20)

So ist es denn nicht erstaunlich, wenn der Gesetzgeber damals selbst von Missständen im Bereich der Anstellungsverhältnisse für Handelsreisende sprach. (21) Derartige Miss-

(17) Botschaft Arbeitsvertrag, 242.

(18) vgl. unten Kap. IV. Abschn. 1.2.

(19) Bei der Beratung des UWG im Jahre 1935 wurde deswegen von der nationalrätlichen Kommission ein Spezialtatbestand des unlauteren Wettbewerbs eingebracht, wonach "die Beschäftigung von Provisionsreisenden, ohne ihnen die Auslagen für Verpflegung, Unterkunft und Reise zu vergüten", als unlauterer Wettbewerb zu qualifizieren sei. Dieser Spezialtatbestand wurde aber von der ständerätlichen Kommission heftig bekämpft und drang im Parlament nicht durch; vgl. Botschaft HRAG, 1320.

(20) Botschaft HRAG, 1323.

(21) Sten. Bull. NR 1941, 93.

stände wurden auch im Aussendienst der Versicherungsgesellschaften festgestellt. (22)

Es erstaunt deshalb nicht, dass von verschiedenen Seiten immer wieder gefordert wurde, dass das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden gesetzlich eingehend geregelt werde. Diese Forderung wurde nicht nur zum Schutze der Handelsreisenden gestellt: Dadurch, dass die Arbeitgeber für die Handelsreisenden - mangels eines vereinbarten Fixums - keinerlei Lohnrisiko zu tragen hatten, konnten sie - ohne Rücksicht auf betriebswirtschaftliche Gegebenheiten - Handelsreisende anstellen, ohne dass hiezu ein wirtschaftlicher Bedarf bestand. Dies führte zu einer Ueberfüllung des Berufes der Handelsreisenden, (23) was wiederum zu einer "Belästigung und Gefährdung der Privatkundschaft" führte, weil sich in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg "sehr viele und zum Teil zweifelhafte Elemente dem Beruf des Handelsreisenden zuwandten." (24)

Zum Schutze des Publikums wurde deshalb 1930 das Bundesgesetz über die Handelsreisenden (HRG) revidiert, welches ausschliesslich gewerbepolizeiliche Vorschriften zum Schutz des Publikums enthält. (25)

-
- (22) vgl. Aussage von NR Gysler, Kommissionsreferent, in Sten. Bull. NR 1941, 83. Wenn man die von Gruss, Auswahl, 11f, ermittelten Fluktuationsziffern von neuangestellten Versicherungsagenten innert drei Jahren nach Inkrafttreten des HRAG betrachtet, so kann man erahnen, wieviel höher die Fluktuation vor dem Erlass des HRAG gewesen sein muss: Von 120 neuen Lebensversicherungsagenten waren drei Jahre später noch deren 44 (=37%) im Versicherungswesen tätig; im Bereich der Sachversicherung ist die Fluktuationsrate für dieselbe Periode mit 45% ebenfalls sehr hoch.
- (23) Botschaft HRAG, 1317.
- (24) Botschaft HRAG, 1317
- (25) Botschaft HRAG, 1317f.

Schon anlässlich dieser Gesetzesrevision verlangten die Berufsverbände der Handelsreisenden, dass darin Bestimmungen über die Regelung des Entgelts und des Spesenersatzes zugunsten der Handelsreisenden aufgenommen würden, (26) wobei diese Bestrebungen bis in die neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts zurückgehen. (27) Diesem Ansinnen konnte aus gesetzespolitischen Gründen nicht entsprochen werden, weil das HRG ein rein gewerbepolizeilicher Erlass bleiben sollte.

Dagegen erteilten in der Folge National- und Ständerat dem Bundesrat den Auftrag, einen Normalarbeitsvertrag für Handelsreisende auszuarbeiten, welcher auf den 1. Oktober 1931 in Kraft gesetzt werden konnte. (28) Dieser Normalarbeitsvertrag regelte zwar die Probeanstellung, die Pflichten und das Entgelt des Handelsreisenden sowie seinen Anspruch auf Auslagenersatz. Allein durch schriftliche Abrede konnten aber die Bestimmungen des Normalarbeitsvertrags wegbedungen werden. (29) Dies führte dazu, dass der Normalarbeitsvertrag in der Praxis "schon bald vollumfänglich umgangen wurde", (30) weshalb er sich als völlig untauglich (31) erwies.

Wohl aus dieser Erkenntnis brachte die nationalrätliche Kommission bei der Beratung des UWG einen Spezialtatbestand des unlauteren Wettbewerbs ein, wonach die Beschäftigung von Handelsreisenden, ohne Ersatz der diesen aus ihrer Berufstätigkeit entstehenden Auslagen, als unlauterer Wettbewerb zu qualifizieren sei. Obwohl die ständerätliche Kommission

(26) Sten. Bull. NR 1941, 78; Sten. Bull. SR 1941, 4; Botschaft HRAG, 1318.

(27) Sten. Bull. NR. 1941, 77.

(28) Botschaft HRAG, 1318.

(29) Botschaft HRAG, 1319; Sten. Bull. SR 1941, 4.

(30) Sten. Bull. NR 1941, 78.

(31) Sten. Bull. SR 1941, 4; Botschaft HRAG, 1319.

zur Einsicht kam, "dass es viele Geschäftsleute gibt, welche bezüglich dieser Provisionsreisenden einen ausgesuchten Raubbau an menschlicher Arbeitskraft ausüben und welche diese Gruppe von Menschen in einer unmenschlichen Art behandeln," brachte sie schliesslich den nationalrätlichen Vorschlag zu Fall. (32)

Immerhin führte dieser neuerliche Anlauf zur Lösung der Problematik des Handelsreisendenvertrages dazu, dass der Ständerat 1936 ein Postulat einbrachte, in dem der Bundesrat aufgefordert wurde, den Räten beförderlich einen Gesetzesentwurf über die Regelung des Anstellungsverhältnisses für Handelsreisende zu unterbreiten. (33)

Am 6. Dezember 1940 legte der Bundesrat dem Parlament Entwurf und Botschaft zum Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vor. (34) Gegen den im Gesetzesentwurf vorgesehenen Einbezug der Versicherungsagenten erwuchs sofort eine heftige Opposition seitens der Versicherungsgesellschaften, (35) die vom damaligen eidgenössischen Versicherungsamt unterstützt wurden. (36) An Argumenten wurde etwa vorgebracht, die Unterstellung der Versicherungsagenten führe gezwungenermassen zu einer Prämienerrhöhung, womit eine "Welle der Kostensteigerung" verbunden sein könnte; (37) zudem bedinge sie eine Umstellung der Aussendienstorganisation, vorab im Bereich der Lebensversicherungsge-

(32) Botschaft HRAG, 1320.

(33) Sten. Bull. SR 1936, 51.

(34) Botschaft HRAG, 1317ff.

(35) Sten. Bull. NR 1941, 83; Botschaft HRAG, 1328; Berger, HRAG, 225.

(36) Botschaft HRAG, 1328.

(37) Sten. Bull. NR 1941, 83; Botschaft HRAG, 1328.

sellschaften. (38) Diese Argumente drangen jedoch bei keiner mit dem Erlass des Gesetzes betrauten Stelle durch. (39)

Zweck des Gesetzes, das wegen seiner Dringlichkeit als Sondergesetz ausserhalb des OR erlassen wurde, (40) war einerseits der Schutz der Handelsreisenden vor unsozialen Arbeitsbedingungen, andererseits zielte das Gesetz aber auch auf eine Verstärkung des durch das HRG angestrebten Schutzes des Publikums, indem Kommissionen und Bundesrat sich eine wesentliche Reduktion des Handelsreisendenbestandes versprachen. (41)

Als "Perlen des Gesetzes" dürfen die Bestimmungen über das feste Gehalt (42) und den Spesenersatz angesehen werden (Art. 9 und 13 HRAG).

Das Gesetz enthielt zahlreiche zwingende Bestimmungen, die notwendig waren, "wenn die bisherigen Misstände im Anstellungsverhältnis" verschwinden sollten. (43)

Die Anwendung des HRAG wurde aber auf Handelsreisende beschränkt, die in einem dienstvertraglichen Verhältnis zum Geschäftsherren standen. Ausgenommen waren also insbesondere

(38) Botschaft HRAG, 1328; gerade diese beiden Argumente der Versicherungsgesellschaften belegen, dass offensichtlich auch im Versicherungsaussendienst ausbeuterische Verhältnisse vorlagen.

(39) Berger, HRAG, 225.

(40) Botschaft HRAG, 1325.

(41) Botschaft HRAG, 1323; Sten. Bull. SR 1941, 5.

(42) Sten. Bull. NR 1941, 82; gl. M. Berger, Arbeitsrecht, 2.

(43) Sten. Bull. NR 1941, 93. Das Schicksal des Normalarbeitsvertrages vom 31. Oktober 1931 hatte mit Nachdruck klar gemacht, dass die meisten Arbeitgeber auf freiwillige Basis nicht bereit waren, einen Beitrag zur Verbesserung der Verhältnisse zu leisten.

die selbständigen Agenten, (44) was - wegen der damals noch fehlenden Schutzvorschriften für den Agenten - offenbar zu Umgehungen der Vorschriften über den Handelsreisendenvertrag führte. (45)

Mit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes von 1971 wurden die Bestimmungen über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden ins Arbeitsvertragsrecht und damit ins OR übernommen, wobei wegen der Eigenart des Rechtsverhältnisses besondere Bestimmungen in den Art. 347ff OR beibehalten wurden. (46) Dank der Revision des Arbeitsvertragsrechtes kommt nun der Handelsreisende - wie alle Arbeitnehmer - unter bestimmten Voraussetzungen in den Genuss einer Abgangsschädigung (Art. 339 b OR), deren Aufnahme im Gesetz heftigst umstritten war. (47)

3. Die Entstehung des Agenturvertragsrechtes

Die Kodifikation des Agenturvertragsrechtes, dem der Versicherungsagent ebenfalls unterstehen kann, (48) dauerte noch zehn Jahre länger als jene des HRAG.

Noch im Jahre 1889 erklärte das Bundesgericht, (49) der Ausdruck "Agent" entspreche keinem bestimmten Rechtsbegriff. Vier Jahre später bezeichnete das gleiche Gericht den Begriff "Agent" als juristisch unbrauchbar, weil er ohne feste technische Bedeutung sei. (50)

(44) Botschaft HRAG, 1326f.

(45) Sten. Bull. NR 1948, 2 (NR Condreau).

(46) Sten. Bull. NR 1969, 400.

(47) Burnand, 101.

(48) vgl. hinten Kap. IV., Abschn. 1.3.

(49) BGE 15, 337.

(50) BGE 19, 863.

Die deutsche Rechtsentwicklung war demgegenüber entschieden weiter gediehen. Schon im Handelsgesetzbuch (§§ 84 - 92), das 1897 in Kraft gesetzt wurde, war der Agenturvertrag kodifiziert. (51) Wohl in Anlehnung an § 84 dHGB (52) anerkannte das Bundesgericht im Jahre 1903, dass "als Agenturvertrag der Vertrag bezeichnet werden kann, gemäss welchem jemand für das Handelsgewerbe eines andern dauernd oder ständig Geschäfte vermittelt oder abschliesst, ohne dass er in einem Dienstverhältnis zu diesem Handelshaus stünde." (53) Seit diesem Entscheid bezeichnete das Bundesgericht den Agenturvertrag als eine Art des Auftrages, als einen Vertrag sui generis. (54)

In der Folge waren Publikum und Gerichte gezwungen, auf den Agenturvertrag Auftragsrecht, Mäklervertragsrecht, Kommissionsvertragsrecht, Werkvertragsrecht und einzelne Vorschriften aus dem Dienstvertragsrecht anzuwenden. (55) In der Praxis führte dies zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen, indem der Richter sich einerseits über zwingende Bestimmungen der teilweise angewendeten Vertragstypen hinwegsetzen musste (56) und andererseits gezwungen war, entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes (57) zu entscheiden. (58)

(51) Botschaft AGV, 666.

(52) Burnand, 14.

(53) BGE 29 II 109.

(54) BGE 40 II 392; 54 II 378; 59 II 261; 60 II 335.

(55) Botschaft AGV, 665f; Blatter 27; Burnand, 16; Hangartner, Diplomarbeit, 4; von Büren, SJZ/1949, 151.

(56) z.B. Art. 404 Abs. 1 OR, der die jederzeitige Widerrufbarkeit des Auftrages zwingend vorschreibt.

(57) z.B. Art. 402 OR, der dem Beauftragten den vollen Ersatz seiner Auslagen gewährleistet.

(58) Botschaft AGV, 665f, mit Verweis auf BGE 59 II 261, Burnand, 16.

Da diese Rechtsanwendung selbst unter Juristen zu einer grossen Rechtsunsicherheit führte, gingen die Gerichte dazu über, die Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuches (59) als subsidiäres Agenturvertragsrecht anzuwenden. Diese Lösung konnte schon deshalb nicht befriedigen, weil die deutschen Vorschriften einerseits bereits etwas antiquiert waren und ihnen andererseits in der Schweiz jede zwingende Kraft fehlte. (60)

Es erstaunt deshalb nicht, dass nach dem Erlass des HRAG im Jahre 1941 von verschiedenen Seiten gefordert wurde, das Agenturvertragsrecht sei ebenfalls gesetzlich zu ordnen. (61) Ziel dieser Kodifikation sollte es sein, einerseits klare Rechtsverhältnisse zu schaffen (62) und damit - durch eindeutige Abgrenzung des Agenturvertrages gegenüber verwandten Rechtsverhältnissen - vermehrte Rechtssicherheit zu gewährleisten; (63) andererseits sollte der Agent in den Genuss von vergleichbaren Schutzbestimmungen wie der Handelsreisende gelangen. (64) Die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung des Agenturvertragsrechtes war aber besonders in Juristenkreisen stark umstritten. (65)

(59) dHGB §§ 84-92

(60) Botschaft AGV, 665f.

(61) Botschaft AGV, 662f; Hangartner, Diplomarbeit, 3.

(62) Botschaft AGV, 664; Burnand, 15; Hangartner, Diplomarbeit, 4.

(63) Hangartner, Diplomarbeit, 4.

(64) Botschaft AGV, 664; Schläpfer, 87; Burnand 15 und 18; Sten. Bull. NR 1948, 1; Hangartner, Diplomarbeit, 4. Padel, 67, verneint eine generelle Schutzbedürftigkeit der Agenten kategorisch.

(65) Dafür: Hug, Rechtsprobleme, 337; Zürcher, 11ff; Meister Guido, AGV, 14. Dagegen: Padel, 132ff, der die Sonderregelung vor allem im Interesse der Handelsagenten selbst als unerwünscht beurteilt, weil die vielen Vorschriften die weitere wirtschaftliche Entwicklung des Agenturwesens unnötig erschweren würde; von Büren, SJZ/1949, 151f, der von einer "legislatorischen Uebersättigung auch im Inhalt und in der formellen Gestaltung" des Agenturvertragsgesetzes (151) und einer unnötig starken Vertretung der zwingenden Bestimmung spricht (152).

Das Agenturvertragsgesetz vom 1. Januar 1950 fasst im Prinzip die bisherige Gerichtspraxis über die Stellung des Agenten in einen gesetzlichen Rahmen, (66) wobei die erforderlichen Schutzvorschriften zugunsten des Agenten miteinbezogen wurden. Vorbild war das deutsche Agenturvertragsrecht (§§ 84 - 92 dHGB). (67)

Währenddem der Entwurf des EJPD nur von Handelsagenten sprach, beschloss die Expertenkommission schon an ihrer ersten Sitzung, den Geltungsbereich des Agenturvertragsgesetzes auch auf die Versicherungsagenten auszudehnen. (68) Dieser Einbezug der Versicherungsagenten rief die Versicherungsgesellschaften als entschiedenste Gegner der Gesetzesvorlage auf den Plan. (69) Einmal mehr drohten die Versicherungsgesellschaften mit unvermeidlichen Prämienerhöhungen, falls die Versicherungsagenten dem Agenturvertragsgesetz auch tatsächlich unterstellt würden. (70) Die hauptsächliche Opposition galt der Entschädigung für die Kundschaft, welche als eigentliches Kernstück des Agenturvertragsgesetzes zu betrachten ist. (71) Hauptargument der Versicherungsgesellschaften war, dass der Versicherungsagent - im Gegensatz zum Handelsagenten - keinen Kundenstock aufbaue, aus

(66) Schläpfer, 87.

(67) Botschaft AGV, 667; zum Teil nach deutschem Vorbild haben auch Japan, Schweden (1914), Norwegen (1916), Dänemark (1917), Russland (1925), Polen (1934), die Niederlanden (1936), Jugoslawien (1937), Rumänien (1938) und Italien (1942) den Agenturvertrag gesetzlich geordnet.

(68) Botschaft AGV, 663.

(69) Botschaft AGV, 668; Sten. Bull. SR 1948, 49ff; Wehrli, 22f; Burnand, 17 und 90f; Berger, AGV, 97; Hangartner, Diplomarbeit, 3. Die Opposition der Versicherungsgesellschaften wurde vom Bundesamt für Privatversicherungswesen tatkräftig unterstützt.

(70) Botschaft AGV, 668; Burnand, 17 und 90; Berger, AGV, 97.

(71) Botschaft AGV, 685; Burnand, 17 und 90; Berger, AGV, 97.

welchem die Gesellschaft nach Auflösung des Agenturvertrages durch die Ausführung von provisionslosen Nachbestellungen einen weiteren Nutzen ziehen könne. (72)

Dem nebenberuflich tätigen Agenten sprachen die Versicherungsgesellschaften ein Schutzbedürfnis rundweg ab. (73)

In der ersten Runde der Auseinandersetzung um das Agenturvertragsgesetz waren die Versicherungsgesellschaften auch tatsächlich erfolgreich, sprach sich doch die Expertenkommission mit 8 zu 6 Stimmen gegen die Ausdehnung des Agenturvertragsgesetzes auf den Versicherungsagenten aus. (74) Dies hinderte allerdings den Bundesrat nicht, die Versicherungsagenten in seinen Entwurf des Agenturvertragsgesetzes einzubeziehen. (75)

Der Bundesrat und - ihm folgend - auch das Parlament mussten aber den Versicherungsgesellschaften wesentliche Konzessionen machen. So drangen diese mit ihrer Forderung durch, dass die Anwendung der zwingenden Bestimmungen - insbesondere jene über die Kundschaftsentschädigung - auf die nebenberuflichen Agenten unter gewissen Vorbehalten wegbedungen werden können. (76) Auch die gesetzliche Begrenzung der

(72) Botschaft AGV, 685.

(73) Botschaft AGV, 668; Sten. Bull. SR 1948, 55; offenbar gl. M. wie die Versicherungsgesellschaften ist Berger, AGV, 66.

(74) Botschaft AGV, 669; Berger, AGV, 37.

(75) Botschaft AGV, 669; Burnand, 91; Berger, AGV, 37.

(76) Art. 418a Abs. 2 OR; vgl. Botschaft AGV, 673: Der Entwurf des Bundesrates sah sogar vor, dass für den nebenberuflichen Agenten die zwingenden Bestimmungen des Agenturvertragsgesetzes stillschweigend oder mündlich wegbedungen werden könnten. Im weiteren: Sten. Bull. SR 1948, 55; Hangartner, Diplomarbeit, 6, der m.E. zu Recht ausführt (S. 51), dass durch Art. 418a Abs. 2 OR ausgerechnet diejenigen Vermittler, "die am meisten eines Schutzes bedürfen, nämlich die nebenberuflichen Agenten, dem Gesetze nicht zwingend unterstellt" seien; gl. M. Schärer, 104.

Kassenscheftentschädigung auf ein Nettojahresverdienst stellt ein Zugeständnis des Gesetzgebers an die Versicherungsgesellschaften dar. (77)

Mit der Inkraftsetzung des Agenturvertragsgesetzes auf den 1. Januar 1950 war die Kodifikation aller möglichen Rechtsverhältnisse zwischen Versicherer und Vermittlungsagent vollzogen.

(77) Botschaft AGV, 668.

IV. Kapitel: Gestaltungsmöglichkeiten des Vertragsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent

1. Grundsätzliche Möglichkeiten

Die Vermittlertätigkeit erfordert Arbeitsleistung durch den Vermittlungsagenten im Interesse des Versicherers. Ob nun diese Arbeit haupt- oder nebenberuflich geleistet wird, ist für die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses unerheblich. (1) Sowohl im Arbeitsvertragsrecht (2) wie auch im Agenturvertragsrecht (3) wird die Möglichkeit der nebenberuflichen Tätigkeit ausdrücklich erwähnt, wobei Art. 319 Abs. 2 OR als ergänzende Bestimmung auch für den Handelsreisendenvertrag gilt. (4) Art. 347 Abs. 2 OR schliesst nur die gelegentliche oder die vorübergehende Reisetätigkeit aus. Auf den regelmässig und dauernd nebenberuflich tätigen Vermittlungsagenten sind die Bestimmungen über den Handelsreisenden uneingeschränkt anwendbar, vorausgesetzt, das konkrete Vertragsverhältnis ist als Arbeitsvertrag zu qualifizieren. (5)

(1) vgl. oben Kap. II, Abschn. 1.1; zum nebenberuflich tätigen Vermittlungsagenten vgl. Berger, AGV, 38 und 66f, Wehrli, 50; Leiss, 27; Zürcher, 18ff; Sigg, 41; Schläpfer, 89; Hantgartner, Voraussetzungen, 2; Meister Herbert, 77ff.

(2) Art. 319 Abs. 2 OR.

(3) Art. 418a Abs. 2 OR.

(4) Art. 347 Abs. 2 OR.

(5) Botschaft HRAG, 1330; Schläpfer, 48; gl.M. wohl auch Schweingruber, Art. 347, N. 3f; a.M. Berger, HRAG, 234f, der aber nicht zwischen dem gelegentlich und dem dauernd nebenberuflich tätigen Handelsreisenden unterscheidet. Als gelegentliche Tätigkeit ist etwa die gelegentliche Reisetätigkeit eines Innendienstangestellten, als vorübergehende Tätigkeit der temporäre Einsatz von kurzer Dauer zu verstehen (Schweingruber, Art. 347, N. 4).

Neben den für den Versicherungsaussendienst in Betracht fallenden Verträgen auf Arbeitsleistung (Arbeitsvertrag, Handelsreisendenvertrag, Agenturvertrag und Auftrag) (6) enthalten auch der Werkvertrag, (7) der Mäklervertrag, (8) der Kommissionsvertrag, (9) sowie die einfache Gesellschaft (10) Arbeitsleistungen der einen Vertragspartei als wesentliches Vertragsselement.

Der Werkvertrag scheidet aus der Betrachtung aus, weil der Vermittlungsagent kein Werk (auch kein immaterielles Arbeitsprodukt) (11) herstellt, sondern ausschliesslich damit befasst ist, dem Versicherer neue Kunden zu werben und die bestehende Kundschaft zu pflegen.

Wie bereits oben (12) dargestellt, könnte das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent theoretisch als Mäklervertrag ausgestaltet werden. Aus den dort angeführten Gründen wird aber in der vorliegenden Arbeit auf die Einbeziehung des Mäklervertrages verzichtet.

Beim Kommissionsvertrag erwirbt oder veräussert der Kommissionär bewegliche Sachen oder Wertpapiere im eigenen Namen aber auf Rechnung des Kommittenten. Da einerseits der Vermittlungsagent nicht über die für Versicherungsgesellschaften erforderliche Konzession des Bundesrates verfügt (13) und damit nicht im eigenen Namen Versicherungsverträge anbieten kann, und andererseits die Versicherungspolice kein

-
- (6) Roelli/Keller, 499.
(7) Art. 363ff OR.
(8) Art. 412ff OR.
(9) Art. 425ff OR.
(10) Art. 530ff OR.
(11) BGE 83 II 529.
(12) oben Kap. II, Abschn. 2.2.
(13) Art. 3 VAG

Wertpapier ist, (14) kommt der Kommissionsvertrag nicht in Frage.

Bei der einfachen Gesellschaft kann der Beitrag eines Gesellschafters zur Erreichung des Gesellschaftszweckes in Arbeit bestehen, (15) wobei es zulässig wäre, denjenigen Gesellschafter, der nur Arbeit beizutragen hat, ausschliesslich am Gewinn und nicht auch am Verlust zu beteiligen. (16) Da der Zweck einer solchen Gesellschaft zwischen Versicherer und Vermittlungsagent im professionellen und dauernden Betrieb eines Versicherungsvermittlungsgeschäftes bestehen müsste, läge ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb vor, der die Gesellschaft zu einer Kollektivgesellschaft machen würde. (17) Da in der Praxis keine derartigen Kollektivgesellschaften bestehen, bei denen der Versicherer und der Vermittlungsagent Gesellschafter sind, wird diese Möglichkeit in der vorliegenden Arbeit nicht verfolgt.

1.1 Der Arbeitsvertrag

Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers, und dieser zur Entrichtung des Lohnes als Arbeitsentgelt. (18)

Als Arbeit gilt "jede Verrichtung körperlicher und geistiger Art. (19) Die Vereinbarung von unsittlichen oder widerrechtlichen Verrichtungen bewirkte aber die Nichtigkeit des

(14) BGE 41 II 40f; Roelli/Keller, 194 ff.

(15) Art. 531 Abs. 1 OR; vgl. auch BGE 104 II 110.

(16) Art. 533 Abs. 2 OR.

(17) Art. 552 Abs. 1 OR; vgl. auch Guhl, 524.

(18) Art. 319 Abs. 1 OR.

(19) Schweingruber, Art. 319, N. 3.

Arbeitsvertrages, (20) wobei die gesetzliche Präsumtion zugunsten der Rechtswirksamkeit des Vertrages (21) nicht zur Anwendung kommen kann. (22)

Da die Vermittlung von Versicherungsverträgen Arbeitsleistungen durch den Agenten erfordert, kann das Verhältnis grundsätzlich als Arbeitsvertrag ausgestaltet werden. (23)

Wesentlichste Merkmale des Arbeitsvertrages sind:

- Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Direktionsgewalt des Arbeitgebers (24)
- wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber
- der Arbeitnehmer schuldet nicht das Arbeitsergebnis, den Erfolg seiner Tätigkeit, sondern lediglich die Verwendung seiner Arbeitszeit im Dienste des Arbeitgebers. (25)

1.2 Der Handelsreisendenvertrag

Die Bestimmungen über den Handelsreisendenvertrag sind im zweiten Abschnitt des zehnten Titels (Arbeitsvertrag) des Obligationenrechtes enthalten. Gemäss der Marginale dieses Abschnittes handelt es sich beim Handelsreisendenvertrag um einen besonderen Einzelarbeitsvertrag, für den die Bestimmungen des allgemeinen Arbeitsvertragsrechtes subsidiär ebenfalls Geltung haben. Dabei gehen aber die Vorschriften

(20) Art. 20 Abs. 1 OR.

(21) Art. 320 Abs. 3 OR.

(22) Rehbindner, Arbeitsrecht, 38; vgl. nachfolgend Abschn. 4.1.1.

(23) vgl. aber nachfolgend die Abgrenzung zum Handelsreisendenvertrag (Abschn. 1.2).

(24) Schweingruber Art. 319, N. 3; Rehbindner, Arbeitsrecht, 31 und 44; Berger, HRAG, 229; ders. AGV, 42; Schumacher, 3.

(25) Rehbindner, Arbeitsrecht, 31.

von Art. 347ff OR den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes als *lex specialis* vor.

Handelsreisender ist, wer ausserhalb der Geschäftsräume "auf Rechnung des Inhabers eines Handels-, Fabrikations- oder andern nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes gegen Lohn Geschäfte vermittelt oder abschliesst." (26) Die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses, die die Parteien gewählt haben, spielt für die rechtliche Qualifikation keine Rolle. (27) Unerlässliche Voraussetzung für die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Handelsreisendenvertrag ist aber das Bestehen eines Arbeitsvertrages zwischen den Parteien. (28)

Nach Art. 347 Abs. 2 OR gilt ein Arbeitnehmer nicht als Handelsreisender, wenn er die Reisetätigkeit nicht vorwiegend ausübt oder nur gelegentlich oder vorübergehend für den Arbeitgeber tätig ist, oder wenn er die Geschäfte auf eigene Rechnung abschliesst. Nicht vorwiegend übt die Reisetätigkeit etwa der Angestellte aus, der weniger als die Hälfte seiner Arbeitszeit für die Reisetätigkeit aufwendet. (29) Die gelegentliche und die vorübergehende Tätigkeit ist in der Versicherungsvermittlung nicht denkbar. Eine der wesentlichen Aufgaben des Vermittlungsagenten besteht in der Pflege des vorhandenen Versichertenbestandes; (30) diese Aufgabe kann nur durch einen dauernd tätigen Vermittlungsagenten wahrgenommen werden. Auch der Abschluss auf eigene Rechnung scheidet in der vorliegenden Betrachtung aus, weil

(26) Art. 347 Abs. 1 OR

(27) Botschaft HRAG, 1329; Meyer Beat, 7; Berger, HRAG, 227.

(28) Berger, HRAG, 228; Botschaft HRAG, 1326f; Vetsch, 283; vgl. oben Abschn. 1.1.

(29) Rehbindner, Arbeitsrecht, 117; Schläpfer, 47; Berger, HRAG, 234.

(30) vgl. vorn Kap. I, Abschn. 1.2.

einerseits der Vermittlungsagent definitionsgemäss keine Verträge abschliesst und andererseits der Abschluss von Versicherungsverträgen auf eigene Rechnung eine Konzession des Bundesrates voraussetzt. (31)

Dass das Vertragsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent als Handelsreisendenvertrag ausgestaltet werden kann, ergibt sich schon aus Art. 348b Abs. 3 OR, der ausdrücklich auf die Versicherungsvermittlung Bezug nimmt. Auch in der Botschaft zum HRAG (32) wird klar darauf hingewiesen, dass auch die reisenden Aquisiteure im Versicherungsgewerbe dem Schutz unterstellt seien. (33)

Nicht unter den Handelsreisendenvertrag fallen aber diejenigen Aussendienstmitarbeiter der Versicherungsgesellschaften, deren Aufgabe hauptsächlich in der Organisation des Aussendienstes oder in der Bearbeitung der eingetretenen Schadenfälle besteht. (34) Ihrer Tätigkeit fehlt das wesentliche Qualifikationsmerkmal der vorwiegenden Tätigkeit als Geschäftsvermittler. Diese Aussendienstmitarbeiter fallen ausschliesslich unter das allgemeine Arbeitsvertragsrecht.

Zu den oben in Abschnitt 1.1 aufgezählten wesentlichen Merkmalen des Arbeitsvertrages (35) kommt für die Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Handelsreisendenvertrag das

(31) Art. 3 VAG; vgl. auch Berger, HRAG, 235.

(32) Botschaft HRAG, 1328.

(33) vgl. auch Botschaft AGV, 667; Meyer Beat, 6f; Berger, Arbeitsrecht, 1; ders., HRAG, 225ff; Dupont-Cadosch, 25ff, kommt zum Schluss, dass im Versicherungsgewerbe eine gewisse Tendenz bestehe, die bestehenden Verträge, die nicht unter das Handelsreisendengesetz fallen, durch Handelsreisendenverträge zu ersetzen.

(34) Berger, HRAG; auch Botschaft Arbeitsvertrag, 409; Meyer Beat, 7.

(35) vgl. auch Gruss, HRAG, 213.

weitere Merkmal hinzu, dass der Handelsreisende mehr als die Hälfte seiner für den Arbeitgeber verwendeten Arbeitszeit damit verbringt, ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschliessen.

1.3 Der Agenturvertrag

"Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen." (36)

Dieser Legaldefinition ist zu entnehmen, dass die vertragliche Hauptverpflichtung des Agenten, die Vermittlung oder der Abschluss von Geschäften, mit derjenigen des Handelsreisenden identisch ist. (37) Der Agent darf aber nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber stehen, währenddem dies beim Handelsreisenden eine unerlässliche Voraussetzung ist.

Auch beim Agenturvertrag kommt der von den Parteien gewählten Bezeichnung keinerlei Bedeutung zu. (38)

Der Agent ist ein selbständiger Kaufmann, (39) der die Vermittlungstätigkeit auf eigenes Risiko betreibt. (40) Sein

(36) Art. 418a Abs. 1 OR.

(37) Art. 347 Abs. 1 OR; Schläpfer, 48; Berger, AGV, 34; Sten. Bull. NR 1948, 1; Wehrli, 31f.

(38) Meyer Beat, 7.

(39) Botschaft AGV, 672; Sten. Bull. NR 1948, 1; Sten. Bull. SR 1948, 54; Meyer H.R., 64; Vetsch, 282; Schläpfer, 29; Berger, Arbeitsrecht, 1; ders., AGV, 39ff; ders., HRAG, 230; Blatter, 24; Meister, HRAG, 236; Zürcher, 18; Gautschi, Art. 418a-418b OR, N. 13b; BGE 53 I 370.

(40) Wehrli, 82; Meister, AGV, 15ff und 47f; ders., HRAG, 236; Langmack, 68; Padel, 90; Meyer H.R., 64; Berger, AGV, 40ff; Zürcher, 18; BGE 53 I 370.

Entgelt hängt ausschliesslich von seinem Erfolg ab. (41) Er tritt dem Auftraggeber als gleichberechtigter Vertragspartner gegenüber, (42) steht also nicht in einem Unterordnungsverhältnis zu ihm. (43) Er ist in der Gestaltung seiner Tätigkeit und in der Bestimmung seiner Arbeitszeit im wesentlichen frei. (44) Nicht zu verwechseln mit der rechtlichen Unabhängigkeit des Agenten ist seine wirtschaftliche Unabhängigkeit. Gerade der im Versicherungsgewerbe übliche Einfirmenagent befindet sich oft in einer ebenso starken wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Auftraggeber, wie der Handelsreisende. (45) Aus diesem Grunde ist es auch im Versicherungsgewerbe üblich, dem Agenten einen Teil seiner Unkosten zu ersetzen bzw. einen minimalen Ertrag zu garantieren. (46) Entscheidend ist jedoch, dass weder der Unkostenersatz noch die Gewinngarantie so hoch angesetzt werden, dass das Geschäftsrisiko des Agenten gänzlich auf den Auftraggeber überwälzt wird. (47) Eine vollständige Ueberwälzung des Risikos würde dem Agenten die in der Definition geforderte Unabhängigkeit nehmen, und damit das bestehende Rechtsverhältnis als Handelsreisendenvertrag qualifizieren.

- (41) Blatter, 24; Meister, HRAG, 236; Berger, AGV, 40 und 44; a.M. SR Stüssi, Sten. Bull. SR 1948, 54 und Wehrli, 31f, die übersehen, dass eine allfällige minimale Gewinngarantie nicht ein im Sinne von Art. 349a OR angemessenes Entgelt sein darf. Wenn der Agent das Geschäftsrisiko trägt (vgl. Wehrli, 82), so muss der wesentliche Teil seines Entgeltes definitionsgemäss erfolgsbedingt sein, ansonsten er kein Risiko zu tragen hätte (vgl. Berger, AGV, 43).
- (42) Wehrli, 31f; Zürcher, 18; Sten. Bull. SR 1948, 54.
- (43) Botschaft AGV, 665; Blatter, 10ff; Wehrli, 31f; Sten. Bull. SR 1948, 54; Zürcher, 19.
- (44) Botschaft AGV, 665ff; BGE 45 I 214; 46 I 220; 50 I 198; 53 I 369; 57 II 152; ZR 36 Nr. 48; Sten. Bull. SR 1948, 54; Blatter 10ff, Berger, AGV, 41f; ders. HRAG, 229f; Wehrli, 32f; Vetsch 282; Schläpfer, 49; Meister, HRAG, 236.
- (45) Berger, AGV, 36.
- (46) Wehrli, 82ff; Trinkhaus, 441; Meyer H.R. 50f; Vetsch, 284.
- (47) Berger, AGV, 43.

Auch die Freiheit des Agenten ist nicht grenzenlos. Er ist vielmehr an die allgemeinen Weisungen des Auftraggebers über den Verkehr mit dem Publikum und über das Verhalten gegenüber der Konkurrenz gebunden. (48) Der Versicherungsagent muss sich insbesondere wegen der Komplexität des von ihm vertriebenen Produktes relativ starke Einschränkungen seiner Unabhängigkeit gefallen lassen. Nur wenn der Agent dem Versicherer die für die Risikobeurteilung notwendigen Grundlagen geordnet liefert, ist der Versicherer in der Lage, eine geeignete Risikoauswahl zu treffen. (49) Aus diesem Grunde besteht im Versicherungsgewerbe die Tendenz, zumindest die hauptberuflich tätigen Agenten im Arbeitsverhältnis anzustellen. Damit verschafft sich der Versicherer ein umfassendes Direktionsrecht. (50)

Im Unterschied zum Makler- und zum Kommissionsvertrag ist für den Agenturvertrag die dauernde Tätigkeit des Agenten im Interesse des betreffenden Auftraggebers begriffswesentlich. (51) Vom Kommissionär unterscheidet sich der Agent zudem noch darin, dass er die Geschäfte im Namen des Auftraggebers und nicht im eigenen Namen abschliesst oder vermittelt. (52)

-
- (48) Berger, HRAG, 229f; auch Zürcher, 18f; Blatter, 12; Schläpfer, 49; Wehrli, 40; a.M. offensichtlich Sten. Bull. SR 1948, 54. SR Stüssi, Kommissionsreferent, führte aus, dass der Agent an keine Weisungen des Auftraggebers gebunden sei, was aber in anbetracht der Interessen des Auftraggebers an einer sachgerechten Marktbearbeitung wohl etwas zu weit geht.
- (49) Wehrli, 40.
- (50) Dupont-Cadosch, 25ff.
- (51) Botschaft AGV, 672, (der Auftrag geht immer auf eine unbestimmte Mehrzahl von Geschäften); Sten. Bull. SR, 1948, 54; Berger, AGV, 40.
- (52) Art. 418a Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 425 Abs. 1 OR.

Für den nebenberuflich tätigen Agenten kann die Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes durch schriftliche Abrede wegbedungen werden. Immerhin sind die Bestimmungen über das Delcredere, das Konkurrenzverbot und die Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen nicht zum Nachteil des Agenten wegbedingbar. (53)

Die rechtliche Qualifikation als nebenberuflicher Agent ist von zwei negativen Voraussetzungen abhängig: Einerseits muss der Agent weniger als die Hälfte seiner Arbeitszeit auf Agententätigkeit schlechthin verwenden, andererseits muss das aus dieser Tätigkeit erzielte Einkommen weniger als die Hälfte seines Gesamteinkommens betragen. (54) Ist auch nur eine dieser negativen Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist die Wegbedingung der Vorschriften über den Agenturvertrag nichtig.

Die Möglichkeit des Ausschlusses der nebenberuflichen Agenten wurde auf Drängen der Versicherungsgesellschaften ins Gesetz aufgenommen, (55) da gerade im Versicherungsgewerbe besonders viele nebenberufliche Agenten beschäftigt werden. (56)

Für den Versicherungsagenten ergibt sich die Möglichkeit der Anwendung des Agenturvertragsrechtes auf das zwischen ihm

(53) Art. 418 a Abs. 2 OR.

(54) Botschaft AGV, 673; Sten. Bull. SR 1948, 55; Leiss, 27; Berger, AGV, 67; Schläpfer, 89; Meister Herbert, 80; Trinkhaus, 108ff; Sigg, 41; Zürcher, 18.

(55) Botschaft AGV, 673; Sten. Bull. SR 1948, 55, Hangartner, Diplomarbeit, 6.

(56) vgl. oben Kap. I Abschn.1.1; Meister Herbert, 78; Berger AGV, 38; Wehrli, 50.

und dem Versicherer zu gestaltende Rechtsverhältnis aus Art. 418e Abs. 3 und Art. 418i OR. Aber auch aus der Legaldefinition in Art. 418a Abs. 1 OR ergibt sich die Anwendbarkeit für das Versicherungsgewerbe. Demnach ist Versicherungsagent im Sinne von Art. 418a ff OR, wer für eine Versicherungsgesellschaft als selbständiger Kaufmann während einer gewissen Dauer Versicherungsverträge gegen Entgelt vermittelt oder im Namen der Versicherungsgesellschaft abschliesst. (57)

1.4 Der einfache Auftrag

"Verträge auf Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag." (58)

Durch diese Gesetzesbestimmung wird für das schweizerische Recht der Arbeitsvertrag sui generis ausgeschlossen. (59)

Damit steht fest, dass die Tätigkeit aller nebenberuflichen Vermittlungsagenten, die nicht unter einen Arbeitsvertrag mit dem Versicherer stehen und für die ohne schriftliche oder mündliche Regelung eines nebenberuflichen Agenturverhältnisses lediglich die Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes schriftlich wegbedungen wurde, (60) dem Auftragsrecht untersteht, immer vorausgesetzt, dass der Vermittlungsagent verpflichtet ist, während einer bestimmten oder unbestimmten Dauer eine unbestimmte Vielzahl von Versicherungsverträgen zu vermitteln. (61)

(57) Wehrli, 35; Gautschi, Art. 418a - 418b OR, N. 2a.

(58) Art. 394 Abs. 2 OR.

(59) BGE 104 II 110; Gautschi, Art. 394 OR, N. 56.

(60) Art. 418a Abs. 2 OR.

(61) Botschaft AGV, 672; vgl. auch Peyer, 91. Würde die Verpflichtung lediglich auf die Vermittlung einzelner, bestimmter Versicherungsverträge lauten, so läge ein Mäklervertrag (Art. 412ff OR) vor, der für die vorliegende Arbeit nicht in Betracht fällt.

Durch die Annahme des Auftrages wird der Beauftragte verpflichtet, die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu besorgen. (62) Aus dieser Bestimmung ergibt sich die Handlungspflicht des Beauftragten, (63) der er sich nur durch die jederzeit mögliche Niederlegung des Mandates entziehen kann. (64)

Nach Art. 394 Abs. 3 OR ist der Auftrag entgeltlich, sofern dies verabredet oder üblich ist. Für das Auftragsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent darf davon ausgegangen werden, dass eine Provision als Entgelt verabredet wird. Fehlt diese Abrede, so ist das Entgelt trotzdem geschuldet, weil für die Vermittlungstätigkeit im Versicherungsgewerbe üblicherweise eine Provision bezahlt wird.

1.5 Die Bedeutung der zwingenden Gesetzesbestimmungen

Sowohl das Arbeitsvertrags- wie auch das Agenturvertragsrecht sind durch eine Vielfalt von relativ und absolut zwingenden Bestimmungen gekennzeichnet. (65) Relativ zwingende Normen dürfen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers bzw. des Agenten, absolut zwingende Vorschriften überhaupt nicht abgeändert werden. (66) Parteiabreden, die zwingendes Recht verletzen, sind nichtig. (67)

(62) Art. 394 Abs. 1 OR.

(63) Gautschi, Art. 394 OR, N. 3.

(64) Art. 404 Abs. 1 OR. Bei Niederlegung des Mandates zur Unzeit ist der Beauftragte zum Ersatz des dem Auftraggeber hieraus entstehenden Schadens verpflichtet (Art. 404 Abs. 2 OR).

(65) Für das Arbeitsvertragsrecht vgl. Art. 361 und 362 OR; für das Agenturvertragsrecht vgl. Botschaft AGV, 669.

(66) Guhl, 382.

(67) Schweingruber, Art. 361, N. 1 ff.; Guhl, 382.

Entsprechend der Schutzfunktion dieser Bestimmungen zugunsten der schwächeren Vertragspartei zwingt sich der Schluss auf, dass es sich dabei lediglich um eine Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR handeln kann. Anstelle der nichtigen Parteiabrede tritt die im Gesetz enthaltene Regelung. (68) Die Annahme der Nichtigkeit des ganzen Vertragsverhältnisses (Art. 20 Abs. 2 OR) würden den Schutz illusorisch machen, den das Gesetz für die schwächere Vertragspartei anstrebt. Der Arbeitgeber bzw. Auftraggeber hätte es sonst in der Hand, der schwächeren Vertragspartei Abreden aufzuzwingen, die zwingendes Recht verletzen, um sich später (z.B. zur Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen) auf die Nichtigkeit des Vertrages zu berufen.

Durch die relativ grosse Zahl von zwingenden Bestimmungen wurde im Arbeits- und Agenturvertragsrecht das Prinzip der Vertragsinhaltsfreiheit weitgehend aufgegeben. (69) Die wesentliche Bedeutung der zwingenden Bestimmungen im Arbeits- und Agenturvertragsrecht ist deshalb - neben dem sozialpolitischen Zweck - in der gesetzlichen Normierung von wesentlichen Teilen des Vertragsinhaltes zu sehen. Damit dienen die zwingenden Bestimmungen vorab der Rechtssicherheit.

Durch die bundesgerichtliche Interpretation (70) ist auch das Auftragsrecht zu einer absolut zwingenden Norm gekommen: Keine Vertragspartei kann gültig auf ihr jederzeitiges Widerrufsrecht (71) verzichten.

(68) Botschaft Arbeitsvertrag, 424; Schläpfer, 53; Rehbinder, Arbeitsrecht, 36f; BGE 74 II 63; 81 II 238.

(69) Schweingruber, Art. 361, N. 1; Rehbinder, Arbeitsrecht, 35.

(70) BGE, 59 II 261; 65 II 164; 104 II 110. Gautschi, Art. 404 OR, N. 10a ff.

(71) Art. 404 Abs. 1 OR.

2. Abgrenzungen zwischen den einzelnen möglichen Rechtsverhältnissen

2.1 Arbeitsvertrag und Handelsreisendenvertrag

Wie bereits festgestellt (72), ist der Handelsreisendenvertrag ein besonderer Einzelarbeitsvertrag, auf den die allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes subsidiär anzuwenden sind.

Einziges Abgrenzungskriterium ist die spezifische Tätigkeit des Handelsreisenden, der ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers Geschäfte jeder Art abzuschliessen oder zu vermitteln hat, (73) und für diese Tätigkeit mindestens die Hälfte der dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitszeit aufwenden muss. (74)

2.2 Arbeits- und Handelsreisendenvertrag im Gegensatz zum Agenturvertrag

Die negative Abgrenzung zwischen dem Agenturvertrag und dem Einzelarbeitsvertrag ist einfach zu ziehen: Ist die Vertragspartei A verpflichtet, der Vertragspartei B gegen Entgelt ihre Arbeitskraft während mehr als der Hälfte der vereinbarten Arbeitszeit für Tätigkeiten zur Verfügung zu halten, die nicht in der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften auf Rechnung der Vertragspartei B bestehen, so kann kein Agenturvertrag zwischen den Parteien A und B vorliegen.

Mehr Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Agenturvertrages zum Handelsreisendenvertrag, da die wirtschaft-

(72) vgl. oben Abschn. 1.2.

(73) Art. 347 Abs. 1 OR.

(74) Art. 347 Abs. 2 OR; vgl. auch Rehbinder, Arbeitsrecht, 117; Schläpfer, 47; Berger, HRAG, 234.

liche Funktion des Agenten und des Handelsreisenden weitgehend identisch ist: beide vermitteln oder schliessen Geschäfte für Rechnung eines Dritten ab. (75)

Das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen diesen beiden Vertragsverhältnissen ist darin zu sehen, dass der Handelsreisende infolge seines Subordinationsverhältnisses zum Arbeitgeber dessen strenger Direktionsgewalt untersteht (Art. 321d OR), der Agent dagegen rechtlich selbständig ist und seine Arbeit weitgehend frei gestaltet.

Ob im konkreten Fall ein erfolgsunabhängiges oder ein erfolgsbedingtes Entgelt verabredet wurde, kann für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses ebensowenig ausschlaggebend sein wie die Parteiabrede bezüglich der Tragung der anfallenden Reisekosten (Spesen). Wird nämlich aufgrund des oben erwähnten Unterscheidungsmerkmals festgestellt, dass ein Handelsreisendenvertrag vorliegt, so ergibt sich die Pflicht des Arbeitgebers auf Entrichtung eines erfolgsunabhängigen Lohnes und auf Ersatz aller Auslagen des Handelsreisenden zwingend aus dem Gesetz. (76) Anders lautende Parteivereinbarungen wären nichtig.

Auch das in der einschlägigen Literatur (77) verschiedentlich genannte Unterscheidungsmerkmal, dass die Mehrfirmenvertretung für Agenturvertrag, die Exklusivität der Dienste

-
- (75) Botschaft AGV, 661 und 672; Sten. Bull. NR 1948, 1; Berger, AGV, 34.
- (76) Art. 349a und 349d in Verbindung mit Art. 327a OR sowie Art. 362 OR. Verschiedene Autoren sehen in entsprechenden Parteivereinbarungen trotzdem ein Qualifikationsindiz: Schläpfer, 50f; Wehrli, 31 und 82ff; Vetsch, 282; Berger, AGV, 39; ders., HRAG, 262ff; Meister, AGV, 48f; Testuz, 18; Meister, HRAG, 236; Blatter, 24.
- (77) Schläpfer, 49ff; Berger, AGV, 41ff; ders., HRAG, 232ff; Schumacher, 3f; Vetsch, 284; BGE 53 I 370.

aber für den Handelsreisendenvertrag spreche, ist ein untaugliches Kriterium, da gemäss den gesetzlichen Definitionen sowohl der Agent als auch der Handelsreisende sowohl exklusiv für einen einzigen Geschäftsherrn als auch für mehrere Geschäftsherrn tätig sein können. (78) Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Handelsreisende ohne schriftliche Bewilligung nicht für andere Arbeitgeber tätig sein darf, währenddem beim Agenturvertrag der Abschluss der Tätigkeit für andere Auftraggeber schriftlich zu erfolgen hat. Für die Qualifikation eines konkreten Vertragsverhältnisses ist dieses Merkmal aber nicht geeignet.

Auch aus der Tatsache, dass der Geschäftsherr die AHV-Beiträge abrechnen muss, kann kein Anhaltspunkt für das Vorliegen des einen oder des anderen Vertragstypes gewonnen werden. Die AHV-Verwaltung entscheidet diese Frage nach Gesichtspunkten, die auf den spezifischen Vertragstyp keine Rücksicht nimmt. (79)

Die Entscheidung darüber, ob ein Subordinationsverhältnis oder eine rechtliche Unabhängigkeit des Vermittlungsagenten vorliegt, kann anhand der folgenden Merkmalkataloge geprüft werden:

Für ein Subordinationsverhältnis und damit für das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages sprechen

- eine vorgeschriebene Arbeitsordnung (80)

(78) Art. 348 Abs. 1 und Art. 349d Abs. 1 OR für den Handelsreisenden und Art. 418c Abs. 2 OR für den Agenten.

(79) Schläpfer, 51; Vetsch, 284.

(80) Berger, AGV, 42; Schläpfer, 49.

- Detailvorschriften über Arbeitszeit und Reiseroute (81)
- Verpflichtung zu regelmässiger schriftlicher oder mündlicher Berichterstattung in kurzen Intervallen (Kontrolle der Tätigkeit im Detail) (82)
- Verpflichtung zur Nachführung der Kundenkartei (83)
- Verrichtung von Arbeiten in den Geschäftsräumen des Geschäftsherrn

Das ebenfalls von mehreren Autoren genannte Merkmal, dass die Teilnahme an Ausbildungskursen für das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages spreche, (84) ist für die Qualifikation irrelevant. Sowohl der Handelsreisende als auch der Agent müssen das von ihnen vertriebene Produkt genau kennen, wenn sie erfolgreich tätig sein wollen. Gerade im Versicherungsgewerbe, wo der Beratung des Interessenten und des Versicherungsnehmers entscheidende Bedeutung zukommt, ist der Aussendienstmitarbeiter gezwungen, sich ein umfassendes Wissen über die von ihm vertretenen Produkte zu erwerben. Angesichts der Kompliziertheit der Materie ist der Versicherungsagent - unabhängig von der Qualifikation seines Rechtsverhältnisses zum Versicherer - gezwungen, die Kurse zu besuchen, die der Versicherer organisiert.

Auch die Behauptung verschiedener Autoren, (85) dass die Erteilung von Weisungen über die Bearbeitungsmethode durch den Geschäftsherrn grundsätzlich für das Vorliegen eines

-
- (81) Sten. Bull. SR 1948, Schläpfer, 49ff; Vetsch, 282; Berger; AGV, 42; ders., HRAG, 229ff; 54; Zürcher, 19.
 - (82) Berger AGV, 42f; ders., HRAG, 229ff; Schläpfer, 50, Vetsch, 282, der aber zu recht darauf hinweist, dass die gelegentliche Berichterstattung auch zur sorgfältigen Interessenwahrung durch den Agenten nach Art. 418a ff gehört.
 - (83) Schläpfer, 49 und 51; Berger, HRAG, 229ff.
 - (84) Vetsch, 282; Schumacher, 3f; Schläpfer, 51.
 - (85) z.B. Vetsch, 282; Schläpfer, 49ff.

Handelsreisendenvertrages spreche, vermag nicht zu überzeugen. Da die Sorgfaltspflicht des Agenten (Art. 418c Abs. 1 OR) die Befolgung genereller Weisungen des Auftraggebers über die Bearbeitungsmethoden und über das Verhalten gegenüber der Konkurrenz umschliesst, (86) kann bei diesem Merkmal nur anhand der Intensität der Weisungen und Vorschriften auf das Vorliegen eines Handelsreisendenvertrages geschlossen werden. Nur wenn eingehende und detaillierte Weisungen zu befolgen sind, spricht dies für den Handelsreisendenvertrag. (87)

Für das Vorliegen eines Agenturvertrages sprechen folgende Merkmale:

- der Agent kann seine Arbeitszeit frei wählen und einteilen (88)
- der Agent ist (wenn auch wirtschaftlich abhängig) gleichberechtigter Partner des Auftraggebers (89)
- der Agent mietet Geschäftsräume auf eigenen Namen und auf eigenes Risiko (90)
- der Agent beschäftigt eigenes Personal, das er selbst entlöhnt (91)
- der Agent betreibt selbständige Reklame (92)
- der Agent führt eine eigene Buchhaltung (93)

(86) Zürcher, 19; Berger, HRAG, 229ff.

(87) Berger, AGV, 42f.

(88) Sten. Bull. SR 1948, 54; Schläpfer, 51; Zürcher, 19; Wehrli, 32f.

(89) Wehrli, 31ff; Berger, HRAG, 230, Vetsch, 282; Schläpfer, 51; Sten. Bull. SR 1948, 54.

(90) Berger, HRAG, 230; Schläpfer, 51; Wehrli, 32f; BGE 45 I 214.

(91) Schläpfer, 51; Berger, HRAG, 230; wohl auch Sten. Bull. SR 1948, 54; BGE 53 I 370; Wehrli, 32f.

(92) Schläpfer, 51.

(93) Schläpfer, 51; Wehrli, 32f; wohl auch Sten. Bull. SR 1948, 54.

- der Agent ist im Handelsregister eingetragen (94)

Zu beachten ist aber, dass bei der Beurteilung der Frage, welches Rechtsverhältnis in concreto vorliegt, nicht auf ein einzelnes Merkmal abgestellt werden darf. Entscheidend ist vielmehr, ob sich aus dem Gesamtbild ergibt, dass der Aussendienstmitarbeiter in untergeordneter, weisungshängiger Stellung (Handelsreisender) oder als selbständiger Kaufmann (Agent) tätig ist.

Im Versicherungsgewerbe ist diese Unterscheidung besonders schwierig. (95) Der hauptberufliche Versicherungsvermittler ist nach Auskunft der führenden Versicherungsgesellschaften ausnahmslos nur für eine einzige Gesellschaft tätig. Auch der nebenberuflich tätige Agent wird zur exklusiven Tätigkeit verpflichtet. Daraus ergibt sich eine hohe wirtschaftliche Abhängigkeit vom Versicherer, die dieser dahingehend nutzt, dass er auch dem unter Agenturvertrag stehenden Vermittler Vorschriften über das Produktionssoll machen und durchsetzen kann. Damit wird aber wesentlich in die Unabhängigkeit des Agenten eingegriffen. De lege ferenda ist deshalb zu prüfen, ob nicht eine Präsumtion ins Gesetz aufzunehmen wäre, wonach der hauptberuflich tätige Einfirmenvermittler als Handelsreisender im Sinne von Art. 247 ff OR zu qualifizieren sei. Diese widerlegbare gesetzliche Vermutung würde die Vertragsparteien zwingen, in einem allfäll-

(94) Sten. Bull. SR 1948, 54; Schläpfer, 51. Dabei handelt es sich aber bloss um ein negatives Merkmal. Wenn eine Eintragung im Handelsregister erfolgt, so liegt ein Agenturvertrag vor. Es ist aber zu beachten, dass gerade im Versicherungsgewerbe die unter Agenturvertrag stehenden Vermittlungsagenten äusserst selten im Handelsregister eingetragen sind. (Vetsch, 284). Vgl. dazu unten Kap. VI, Abschn. 5.

(95) Wehrli, 39; Sigg; 54.

ligen Agenturvertrag klare Abgrenzungen vorzunehmen, was der Rechtssicherheit - insbesondere im Interessen der betroffenen Parteien - dienlich wäre. (96)

2.3 Handelsreisenden- und Agenturvertrag im Gegensatz zum Auftragsrecht

Sowohl im Handelsreisenden- als auch im Agenturvertragsrecht sind wesentliche Bestimmungen zwingend ausgestaltet. Aufgrund der Legaldefinitionen in Art. 247 und Art. 418a OR für diese beiden Rechtsverhältnisse ergibt sich deshalb, dass der hauptberuflich dauernd mit der Vermittlung von Geschäften befasste Aussendienstmitarbeiter entweder Handelsreisender oder Agent sein muss. Tertium non datur. Deshalb kann nur ein nebenberuflich tätiger Vermittler dem Auftragsrecht unterstehen.

Bei der Qualifikation des Rechtsverhältnisses ist so vorzugehen, dass zuerst geprüft wird, ob der betreffende nebenberufliche Vermittler in einem charakteristischen Subordinationsverhältnis zum Geschäftsherren steht. (97) Ist dies der Fall, so ist er ein nebenberuflich tätiger Handelsreisender.

Ergibt sich hingegen, dass der nebenberufliche Vermittler im wesentlichen selbständig arbeitet, also keine strenge Weisungsabhängigkeit zum Versicherer vorliegt, so ist zu prüfen, ob die Parteien die Anwendung des Agenturvertragsrechtes schriftlich wegbedungen haben. (98) Ist dies nicht

(96) Vetsch, 285, postuliert eine solche Vermutung schon unter dem geltenden Recht. Dafür liegen aber keinerlei Anhaltspunkte vor.

(97) vgl. Merkmalkatalog oben in Abschn. 2.3.

(98) Art. 418a Abs. 2 OR.

der Fall, so ist der nebenberufliche Vermittler ein nebenberuflicher Agent im Sinne von Art. 418a ff OR.

Ist die Anwendung des Agenturvertragsrechtes schriftlich wegbedungen worden, so kommt es darauf an, ob die Parteien den Vertrag in den wesentlichen Punkten als Agenturvertrag ausgestaltet haben. Nur wenn dies nicht der Fall ist, qualifiziert sich das Vertragsverhältnis als Auftrag. Dem Auftragsrecht kommt somit die Funktion eines Auffangsrechtsverhältnisses für alle nicht qualifizierbaren Verträge auf Arbeitsleistung zu. (99)

Im Versicherungsgewerbe ist die Pflege des Kundenbestandes von entscheidender Bedeutung. Aus diesem Grunde ist jede Versicherungsgesellschaft darauf angewiesen, dass in ihrer Aussendienstorganisation möglichst stabile Verhältnisse herrschen. Diesem Bedürfnis nach weitgehendster Sicherung der Kundenbetreuung widerspricht die Tatsache, dass das Auftragsverhältnis jederzeit widerrufbar ist. (100)

Von den befragten 20 Versicherungsgesellschaften, die einen repräsentativen Querschnitt über die Verhältnisse in der Branche geben, beschäftigt keine einzige ihre nebenberuflichen Vermittlungsagenten im Auftragsverhältnis.

In der Regel schliessen alle befragten Versicherungsgesellschaften die Verträge mit den nebenberuflichen Vermittlungsagenten schriftlich ab, wobei durchwegs vorgedruckte Formularverträge zur Anwendung kommen. Im Falle der Vereinbarung eines nebenberuflichen Agenturverhältnisses wird die

(99) Art. 394 Abs. 2 OR., BGE 104 II 110f.

(100) Art. 404 Abs. 1 OR, vgl. auch Gautschi, Art. 404 OR N. 15a ff.

Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des Agenturvertragsrechtes überall wegbedungen (Art. 418a Abs. 2 OR).

Aus allen diesen Gründen wird im nachfolgenden Abschnitt 4 das Auftragsrecht vorerst aus der Betrachtung ausgeklammert und erst in Abschnitt 8 summarisch behandelt.

3. Modelle der Praxis

Die durchgeführte Befragung hat ergeben, dass in der Praxis der Versicherungsgesellschaften auf das Rechtsverhältnis der hauptberuflich tätigen Vermittlungsagenten sowohl der Handelsreisenden- als auch der Agenturvertrag angewendet werden. Das Schwergewicht liegt dabei allerdings eindeutig auf dem Handelsreisendenvertrag.

Mit den nebenberuflichen Agenten werden zum grössten Teil Agenturverträge abgeschlossen, wobei die zwingenden Bestimmungen des Agenturvertragsrechtes gestützt auf Art. 418a Abs. 2 OR durchwegs wegbedungen werden. Vereinzelt werden nebenberufliche Agenten aber auch im Arbeitsvertragsrecht verpflichtet, wobei dies bedeutet, dass diese als nebenberufliche Handelsreisende tätig sind.

4. Gemeinsamkeiten der arbeits- und agenturvertragsrechtlichen Rechtsverhältnisse

Bei den hier behandelten Gemeinsamkeiten bestehen zum Teil erhebliche graduelle Unterschiede (z.B. beim Kündigungsschutz) zwischen den einzelnen Rechtsinstituten. Auf diese Unterschiede wird in diesem Abschnitt insoweit eingetreten, als es zur Abgrenzung dienlich ist. Für Einzelheiten wird auf die ausführliche Behandlung der Sonderbestimmungen der einzelnen Rechtsverhältnisse in den nachfolgenden vier Hauptabschnitten verwiesen.

4.1 Entstehung des Rechtsverhältnisses und Vertragsform

4.1.1 Abschlussfreiheit im Innenverhältnis

Der Vertragsabschluss unterliegt für alle hier möglichen Rechtsverhältnisse den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes. (1) Demnach genügt für das Zustandekommen des Vertrages die übereinstimmende Willensäußerung der Parteien, die ausdrücklich oder stillschweigend (durch konkludentes Verhalten) erfolgen kann. (2)

Für das Arbeitsvertragsrecht und damit auch für den Handelsreisendenvertrag sieht der Gesetzgeber in Art. 320 Abs. 2 OR auch den faktischen Vertragsabschluss vor, indem er den Arbeitsvertrag als abgeschlossen definiert, wenn der Arbeitgeber Arbeitsleistungen der anderen Vertragspartei auf Zeit entgegennimmt, und solche Arbeitsleistungen nach den Umständen und nach allgemeiner Lebenserfahrung (3) nur gegen Lohn geleistet werden. Ist das Rechtsverhältnis unter diesen

(1) Art. 1-10 OR.

(2) Art. 1 OR; vgl. dazu im einzelnen z.B. Guhl, 110 ff.

(3) Schweingruber, Art. 320, N. 5.

Voraussetzungen als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, so bewirkt diese Qualifikation für den Arbeitgeber die Verpflichtung, alle für das Arbeitsvertragsverhältnis vorgeschriebenen Leistungen (z.B. Lohnzahlung, Unfallhaftpflicht, Sozialleistungen, Fürsorge, etc.) zu erbringen. (4) Art. 320 Abs. 2 OR stellt eine unwiderlegbare Annahme eines Vertragsabschlusses zugunsten des Arbeitnehmers dar. (5) Den Vorstellungen der Parteien über das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis kommt dabei keinerlei Bedeutung zu.

In Art. 320 Abs. 3 OR wird dieser Schutz des Arbeitnehmers noch dahingehend erweitert, dass Arbeitsverträge, die sich aus irgend welchem Grund (z.B. Willensmängel beim Vertragsabschluss; Verletzung öffentlicher rechtlicher Vorschriften) als ungültig erweisen, als faktische Vertragsverhältnisse gelten, solange der Arbeitnehmer guten Glaubens ist, (6) also keine Kenntnis von der Ungültigkeit hat. Entgegen der gemeinrechtlichen Regelung bewirkt die Erkenntnis der Ungültigkeit das Wegfallen des Arbeitsvertrages ex nunc, d.h. die Auseinandersetzung zwischen den Parteien hat auf den Zeitpunkt der Erkenntnis der Ungültigkeit und nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück zu erfolgen.

Dem als Arbeitnehmer verpflichteten Vermittlungsagenten erwachsen aus den beiden in Art. 320 Abs. 2 und 3 OR enthaltenen Schutzbestimmungen in verschiedener Hinsicht erhebliche Vorteile:

(4) Schweingruber, Art. 320, N. 5.

(5) Guhl, 388; Schweingruber, Art. 320, N. 5.

(6) Rehbinder, Arbeitsrecht, 37; Schweingruber, Art. 320, N. 11.

- a) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alle zwischen den Parteien vereinbarten oder aus dem Gesetz sich ergebenden Vertragsbestimmungen für die Dauer des faktischen Arbeitsverhältnisses zu erfüllen. Hier sind insbesondere von Bedeutung: die Lohnzahlungspflicht, der Ferienanspruch des Arbeitnehmers, die Haftung für Betriebs- bzw. Arbeitsunfälle, die Sozialversicherungs- und Personalvorsorgebeiträge des Arbeitgebers.
- b) Dem Vermittlungsagenten steht für die allfällig klageweise Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem faktischen Arbeitsvertrag das in Art. 343 OR festgelegte einfache und rasche Verfahren zur Verfügung, sofern der Streitwert Fr. 5'000.-- nicht übersteigt. Für ihn ist dieses Verfahren vorteilhaft, weil ihm - mutwillige Prozessführung vorbehalten - selbst im Falle des Unterliegens weder Gerichtsgebühren noch -auslagen auferlegt werden dürfen. Ueberdies hat der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen zu ergründen. Gerade für den Versicherungsagenten ist auch die Gerichtsstandsklausel in Art. 343 Abs. 1 OR von besonderer Bedeutung. Sie überlässt ihm als Kläger die Wahl des Gerichtsstandes entweder am statutarischen Sitze der Gesellschaft oder am Ort des Betriebes für den er seine Arbeitsleistung erbracht hat. Als Ort des Betriebes kann im Versicherungsgewerbe wohl nur der Sitz der Generalagentur verstanden werden, der der Versicherungsagent unterstellt war.
- c) Die Forderungen aus dem Arbeitsvertrag verjähren erst mit Ablauf von fünf Jahren seit deren Fälligkeit, (7)

(7) Art. 128 Ziff. 3 OR.

währenddem die Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung, auf die der Vermittlungsagent bei einer Auseinandersetzung ex tunc angewiesen wäre, schon mit Ablauf eines Jahres seit Kenntnis der Bereicherung verjähren. (8)

- d) Der Arbeitgeber ist zur vorbehaltlosen Entrichtung aller geschuldeten Leistungen verpflichtet, während er im Falle der ungerechtfertigten Bereicherung nur zu Herausgabe der noch vorhandenen Bereicherung verpflichtet werden könnte (Art. 64 OR).

Für den Agenturvertrag und das Auftragsrecht kennt das Obligationenrecht keine entsprechende Präsumtion eines faktischen Vertragsabschlusses oder eines faktischen Vertragsverhältnisses.

Für das Agenturvertragsverhältnis ist die Präsumtion eines faktischen Vertragsabschlusses analog zu Art. 320 Abs. 2 OR nicht erforderlich. Der Agenturvertrag ist dadurch charakterisiert, dass ein selbständiger Kaufmann einem Dritten dauernd Geschäfte gegen Entgelt vermittelt. Das Entgelt besteht in der durch den Abschluss des vermittelten Geschäftes bedingten Erfolgsprovision. Da es auch beim Abschluss eines Agenturvertrages unwesentlich ist, von wem die Offerte ausgeht, muss die dauernde tatsächliche Vermittlung von Geschäftsabschlüssen durch den Vermittlungsagenten als Offerte zum Abschluss eines Agenturvertrages, und der Abschluss der vermittelten Geschäfte durch den Auftraggeber

(8) Art. 67 Abs. 1 OR.

als dessen Annahme der Offerte durch konkludentes Verhalten ausgelegt werden.

Wesentlich ist dabei aber, dass der Vermittlungsagent seine Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers dauernd entfaltet. Für die Vermittlung bloss einzelner Geschäfte käme allenfalls ein durch konkludentes Verhalten der Parteien abgeschlossener Mäklervertrag in Frage.

Mit Bezug auf das in Art. 320 Abs. 3 OR präsumierte faktische Vertragsverhältnis zugunsten des Arbeitnehmers ist hingegen festzustellen, dass das Agenturvertragsrecht keine vergleichbare Schutzregel kennt, und dass eine solche auch nicht durch Auslegung zu finden ist. Anbetracht der Identität der wirtschaftlichen Funktion des Handelsreisenden mit derjenigen des Vermittlers, der dem Agenturvertragsrecht untersteht, ist diese unterschiedliche Behandlung insbesondere im Versicherungsaussendienst nicht gerechtfertigt, da es sich bei den im Versicherungsgewerbe tätigen Aussendienstmitarbeiter ausschliesslich um sogenannte Einfirmenagenten handelt, die wirtschaftlich ebenso stark vom Versicherer abhängig sind, wie die Handelsreisenden.

Mit der Regelung des Agenturvertragsrechtes im Obligationenrecht wollte der Gesetzgeber den Schutz des Agenten demjenigen des Handelsreisenden angleichen. Durch die Revision des Arbeitsvertragsrechtes und die Aufnahme von Art. 320 Abs. 3 OR hat der Gesetzgeber wieder eine Lücke im Vergleich zum Schutz des Handelsreisenden geschaffen, die leicht hätte vermieden werden können. Da im Agenturvertragsrecht sowohl für die Regelung des Konkurrenzverbotes als auch für die Auflösung des Vertrages aus wichtigen Gründen auf den "Dienstvertrag" verwiesen wird, wäre es sicher an-

gebracht gewesen, auch mit Bezug auf das in Art. 320 Abs. 3 präsumierte faktische Arbeitsverhältnis für die Ausdehnung dieses Schutzes auf den Agenten zu sorgen. Dies hätte durch eine entsprechende Verweisung im Agenturvertragsrecht erfolgen können.

4.1.2 Die Entstehung des Vertrages im Aussenverhältnis

Im Aussenverhältnis ist das rechtsgültige Zustandekommen des Vertrages zwischen Versicherer und Vermittlungsagent völlig irrelevant. Entscheidend ist allein die Tatsache, dass eine bestimmte Person mit Billigung des Versicherers als Versicherungsagent auftritt, wobei die Billigung auch stillschweigend oder nachträglich (z.B. durch Annahme eines vermittelten Versicherungsvertrages) erfolgen kann. Diese Folgerung entspricht dem Zweck von Art. 34 VVG. Diese Bestimmung schützt den Versicherungsnehmer unabhängig vom Bestehen eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent. (10)

4.1.3 Die Form des Vertrages

Nach Art. 11 Abs. 1 OR sind die Verträge des Obligationenrechtes formfrei gültig, soweit nicht das Gesetz eine besondere Form vorschreibt. Ist letzteres der Fall, so ist zu beachten, dass Art. 11 Abs. 2 OR die Gültigkeit des Vertrages von der Einhaltung der vorgeschriebenen Form abhängig macht, falls das Gesetz über die Bedeutung und die Wirkung der vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt.

Für die in dieser Arbeit interessierenden Vertragsarten besteht der in Art. 11 Abs. 1 OR festgelegte Grundsatz der

(10) vgl. oben Kap. II Absch. 1 und dort zitierte Literatur.

Formfreiheit. Es sind allerdings gewisse Einschränkungen zu beachten:

- a) Für den Arbeitsvertrag wird in Art. 320 Abs. 1 OR der Grundsatz von Art. 11 Abs. 1 OR wiederholt. Für verschiedene Detailbestimmungen wird hingegen die schriftliche Form verlangt. (11) Wird diese Formvorschrift nicht eingehalten, so bewirkt diese die Ungültigkeit der betreffenden Parteiabrede; an deren Stelle gilt die im Gesetz enthaltene Regelung. (12) Diese Formvorschriften dienen einerseits der Rechtssicherheit, andererseits bezwecken sie wohl auch den Schutz des Arbeitnehmers. (13)
- b) Für den Handelsreisendenvertrag verlangt Art. 347 a Abs. 1 OR die Schriftform. Allerdings ist die Schriftform hier nicht Gültigkeitsvoraussetzung, (14) da ihre Nichtbeachtung sonst die Unverbindlichkeit des gesamten Vertrages zur Folge hätte, womit dem Handelsreisenden der Schutz entzogen würde, den ihm das Gesetz gewähren will. (15) Die Schriftlichkeit des Handelsreisendenvertrages ist deshalb eine blosse Ordnungs-

(11) Die wichtigsten sind: Art. 321c Abs. 3 (Ueberstundenvergütung), Art. 327a Abs. 2 (Spesenpauschale), Art. 336b (Kündigungsfrist beim überjährigen Arbeitsverhältnis), Art. 340 Abs. 1 (Konkurrenzverbot); vgl. im weiteren Rehbinders, Arbeitsrecht, 36.

(12) Rehbinders, Arbeitsrecht, 36f.

(13) Rehbinders, Arbeitsrecht, 36; Guhl, 388, der für jene Fälle, wo eine jahrelange Ausübung einer formell ungültigen mündlichen Abrede der Parteien zur Diskussion steht mit Recht auf die Fragwürdigkeit des Rechtssicherheitsgedanken hinweist; a.M. als Guhl: Meyer Beat, 21; BGE 81 II 238.

(14) Botschaft HRAG, 1331; Meyer Beat, 18f; Rehbinders, Arbeitsrecht, 35; Schweingruber, Art. 320, N. 3.

(15) Botschaft HRAG, 1331.

vorschrift. (16) Die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form hat aber die Ungültigkeit der getroffenen Parteiabreden zur Folge. Der Vertragsinhalt wird "durch die gesetzlichen Vorschriften und durch die üblichen Arbeitsbedingungen bestimmt." (17)

- c) Auch der Agenturvertrag ist grundsätzlich formlos gültig. Wie im Arbeitsvertragsrecht verlangt das Gesetz auch hier für verschiedene Detailbestimmungen (18) die Schriftform. Deren Nichtbefolgung hat ebenfalls die Ungültigkeit der betreffenden Parteiabrede zur Folge, wobei an deren Stelle die Regelung des Gesetzes tritt. (19)

4.2 Pflichten des Vermittlungsagenten

4.2.1 Pflicht zur Tätigkeit im Interessen des Versicherers

Sowohl durch Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag (20) als auch durch Agenturvertrag (21) verpflichtet sich der Vermittlungsagent zur Leistung von Werbetätigkeit und damit

(16) Botschaft HRAG, 1332; Sten. Bull. NR 1941, 84f; Schläpfer, 52; Gruss, HRAG, 214.

(17) Art. 347a Abs. 2 OR; Schläpfer, 53.

(18) Die wichtigsten sind: Art. 418a Abs. 2 (Ausschluss der Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes auf den nebenberuflichen Agenten), Art. 418c Abs. 2 und 3 (Konkurrenzverbot, Delcrederehaftung des Agenten), Art. 418f Abs. 3 (Gebietsschutz); vgl. im weiteren Burnand, 21.

(19) Botschaft AGV, 670f.

(20) Art. 319 Abs. 1 OR; Art. 347 Abs. 1 OR.

(21) Art. 418a Abs. 1 OR.

zur Arbeitsleistung im Interesse des Versicherers. Neben der Vermittlung immer neuer Versicherungsverträge (22) hat der Vermittlungsagent auch die bestehende Kundschaft des Versicherers zu pflegen, (23) indem er dieser in allen Versicherungsangelegenheiten mit Rat und Tat zur Seite steht und damit die Beziehung zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer pflegt und vertieft.

Die vertraglich versprochene Arbeitsleistung hat der Vermittlungsagent höchstpersönlich zu erbringen. Dies ergibt sich für den Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag aus Art. 321 OR. (24) Für den unter Agenturvertrag stehenden Vermittlungsagenten ergibt sich die persönliche Leistungspflicht einerseits daraus, dass der Versicherer ihm die Agentur aufgrund seiner besonderen Fähigkeiten und Eigenschaften für die Versicherungsvermittlung überträgt. (25) Andererseits folgt diese Einschränkung aus dem Schutzzweck von Art. 34 VVG. Nach unbestrittener Lehre und Praxis (26) haftet der Versicherer für die Tätigkeit des Vermittlungsagenten im Rahmen dieser Bestimmung nur, wenn er oder ein zuständiges Organ den Vermittlungsagenten ausdrücklich oder stillschweigend bestellt hat. Solange also der Versicherer den Vermitt-

-
- (22) Wehrli, 55; Hangartner, Diplomarbeit, 25; Padel, 44; Burnand, 35; Meyer H.R., 13f; Dubois, 20; Blatter, 53; Botschaft AGV, 672ff; Sten. Bull. SR 1948, 54.
- (23) Burnand, 35; Hangartner, Diplomarbeit, 25; Sten. Bull. SR 1948, 54.
- (24) vgl. auch: Meyer Beat, 32; Raaflaub, 17.
- (25) Wehrli, 61f; Sten. Bull. SR 1948, 56.
- (26) vgl. Roelli/Keller, 500 und dort zitierte Entscheidungen.

lungsagenten nicht ausdrücklich oder stillschweigend zur Substitution seiner Pflichten ermächtigt, hat letzterer die für den Agenturvertrag typischen Arbeitsleistungen auch selbst zu erbringen, (27) sonst würde der Schutz des Versicherungsnehmers aus Art. 34 VVG unwirksam.

Bleibt der Vermittlungsagent von Beginn des Vertrages weg untätig oder stellt er seine Tätigkeit im Laufe des Vertrages in vertragswidriger Weise ein, so erfüllt er den abgeschlossenen Vertrag nicht, was - bei Vorliegen eines Verschuldens - zur Leistung von Schadenersatz des Vermittlungsagenten und zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses durch den Versicherer führen wird, da sich die Arbeitsleistung rechtlich nicht erzwingen lässt. (28)

Der Schadenersatzanspruch ergibt sich für das Agenturvertragsverhältnis aus Art. 97ff OR. Für den unter Arbeitsvertragsrecht stehenden Vermittlungsagenten ergibt sich die Schadenersatzfolge aus Art. 337d OR. (29) Nach dieser Bestimmung hat der Arbeitgeber Anspruch auf einen Viertel des vereinbarten Monatslohnes, wobei der Richter für den Fall, dass dem Arbeitgeber kein oder ein geringerer Schaden entstanden ist, diese Entschädigung nach seinem Ermessen herabsetzen kann. (30) Kann der Arbeitgeber einen Schaden nachweisen, der höher ist, als die im Gesetz festgelegte Entschädigung, so hat der Vermittlungsagent ihm auch den, die

-
- (27) Blatter, 55f; Padel, 55ff. Meister Guido, AGV, 22; Hug, Rechtsprobleme, 348.
- (28) Botschaft AGV, 674; Wehrli, 56; Blatter, 53; Burnand, 40; Meyer Beat, 107f; ZR 6, Nr. 112.
- (29) a.M. Meyer Beat, 107f, der die Schadenersatzfolge auch für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages aus Art. 321e Abs. 1 und Art. 97ff OR ableitet, was m.E. im Widerspruch zur absolut zwingenden Natur von Art. 337d OR steht.
- (30) Art. 337d Abs. 2 OR; vgl. auch Schweingruber, Art. 337d, N. 5.

gesetzliche Entschädigung übersteigenden Schaden zu ersetzen. (31) Die Entschädigung gemäss Art. 337d OR ist demzufolge etwas Ähnliches wie eine gesetzliche Konventionalstrafe, (32) die wegen der absolut zwingenden Ausgestaltung von Art. 337d OR nicht wegbedungen werden kann. (33) Zur Schadenersatzfolge nach Art. 337d OR ist zu beachten, dass der Arbeitgeber innert 30 Tagen seit Vertragsbruch die Betreuung einleiten oder die Klage anhängig machen muss, falls er den Anspruch nicht verrechnen kann. (34) Diese Frist ist eine Verwirkungsfrist.

Die schuldhaft Schlechterfüllung durch den Vermittlungsagenten verpflichtet diesen gestützt auf Art. 97ff OR (Agenturvertrag) bzw. gestützt auf Art. 321e Abs. 1 OR (Arbeits- und Handelsreisendenvertrag) zur Leistung von Schadenersatz an den Versicherer. Zu beachten ist, dass ein Verschulden des Vermittlungsagenten bereits darin bestehen kann, dass er eine Tätigkeit angenommen hat, der er weder aufgrund seiner Ausbildung, noch aufgrund seiner Leistungsfähigkeit gewachsen ist. (35) Wichtig ist aber, dass eine Lohnkürzung im Arbeitsvertragsrecht wegen schlechter Arbeitsleistung nicht zulässig ist. (36) Da der Handelsreisende mindestens zum Teil und der Agent in der Regel vollumfänglich durch Provisionen aufgrund ihrer Leistung entschädigt werden, hat die Schlechterfüllung dennoch Auswirkung auf die Höhe des Lohnes bzw. der Entschädigung.

(31) Art. 337d Abs. 1 OR in fine.

(32) Schweingruber, Art. 337d, N. 3f.

(33) Art. 361 OR.

(34) Art. 337d Abs. 3.

(35) Rehbindler, Arbeitsrecht, 50, dessen Aussage sich allerdings nur auf den Handelsreisendenvertrag bezieht. Da die Funktionen und die Anforderungen von Handelsreisend und Agent identisch sind, gilt diese Feststellung aber auch für den Agenturvertrag.

(36) Schweingruber, Art. 321a, N. 3.

Dem Versicherer bleibt für den Fall der Schlechterfüllung neben der Geltendmachung des Schadenersatzanspruches lediglich die Auflösung des Vertragsverhältnisses innert den vereinbarten oder den gesetzlichen Kündigungsfristen, (37) wobei ihn die Schlechterfüllung im wiederholten Falle u.U. aber zur fristlosen Entlassung berechtigen kann. (38)

4.2.2 Pflicht zur Befolgung von Weisungen des Versicherers

Der Arbeits- und der Handelsreisendenvertrag sind dadurch charakterisiert, dass der Arbeitnehmer dem Direktionsrecht des Arbeitgebers untersteht. (39) Die Pflicht zur Befolgung der Weisungen des Arbeitgebers ergibt sich für diese beiden Vertragsarten aus Art. 321d Abs. 2 OR. Die Grenzen der Gehorsamspflicht werden durch den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) (40) sowie durch die Pflicht des Arbeitgebers gezogen, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. (41) Diese Grenzen schliessen sowohl schikanöse Weisungen als auch die Zuweisung untergeordneter Arbeit aus. (42)

Auch der unter Agenturvertrag stehende Vermittlungsagent hat die Weisungen des Versicherers zu befolgen. (43) Der Versicherer hat ein Interesse daran, dass der Vermittlungsagent sich an seine Verkaufspolitik (z.B. Verkaufsmethoden, Behandlung der Konkurrenz) und an seine Risikopolitik (z.B.

(37) Schweingruber, Art. 321a, N.3.

(38) Meyer Beat, 108.

(39) vgl. oben Kap. IV. Abschn. 1.1. und 1.2.

(40) Schweingruber, Art. 321d, N. 5; Rehbinder, Arbeitsrecht, 45.

(41) Art. 328 OR; vgl. auch Rehbinder, Arbeitsrecht, 45; Guhl, 391.

(42) Rehbinder, Arbeitsrecht, 45f; gl. M. Schweingruber, Art. 321d, N.5.

(43) Sten. Bull. SR 1948, 56; Burnand, 57; Wehrli, 57; Langmack, 38; Padel, 50; Schärer, 60; Sigg, 49.

Auswahl der Risiken, Ausschluss bestimmter Risikogruppen von der Versicherung) hält und die Versicherungsanträge innert der vorgeschriebenen Frist (Art. 1 Abs. 1 VVG) und in der vorgeschriebenen Form (Vollständigkeit, Darstellung für Datenerfassung) einreicht. Die Pflicht zur Befolgung derartiger Weisungen steht nicht etwa im Widerspruch zur Selbstständigkeit des Agenten, solange dieser über seine Arbeitszeit frei bestimmen kann. (44)

Der Vermittlungsagent ist aber berechtigt und verpflichtet, von den Instruktionen des Versicherers abzuweichen, wenn sich aus den Umständen des konkreten Falles und aus seiner Sorgfaltspflicht gegenüber dem Versicherer ergibt, dass diese Abweichung nach Treu und Glauben im Interesse des Versicherers liegt. (45)

Missachtet er die Weisungen des Versicherers schuldhaft und ohne zwingenden Grund, so wird er Schadenersatzpflichtig; (46) in schwerwiegenden Fällen kann die Verletzung von Weisungen den Versicherer zur fristlosen Auflösung des Vertrages mit dem Vermittlungsgenten berechtigen. (47)

4.2.3 Sorgfaltspflicht

Für den Arbeitnehmer und damit auch für den Handelsreisenden wird die Sorgfaltspflicht durch Art. 321a Abs. 1 und 2 OR gesetzlich umschrieben, wobei diese Bestimmung nachgiebiges Recht enthält, (48) so dass die Parteien eine de-

(44) vgl. oben Abschn. 1.3.

(45) Meyer Beat, 34; Burnand, 45; Padel, 50.

(46) Für den Arbeitsvertrag: Art. 321e OR; für den Agenturvertrag: Art. 97ff OR.

(47) Art. 337 OR bzw. Art. 418r OR.

(48) Schweingruber, Art. 321a, N. 1.

tailliertere Abrede treffen können. Die Haftung des Arbeitnehmers für Verletzung der Sorgfaltspflicht ergibt sich aus Art. 321e OR. Diese Bestimmung ist relativ zwingend ausgestaltet. Demnach kann die Haftung des Arbeitnehmers nicht über Art. 321e OR hinaus verschärft werden, wobei es den Parteien aber freisteht, die Haftung des Arbeitnehmers für leichtfahrlässiges Verschulden wegzubedingen. Die Begrenzung der Wegbedingung auf die Fälle leichter Fahrlässigkeit ergibt sich aus Art. 100 OR, wo der vertragliche Haftungsausschluss für Absicht und grobe Fahrlässigkeit für nichtig erklärt wird.

Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die ihm übertragenen Aufgaben "sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren."

Da der Vermittlungsagent seine Tätigkeit ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers und damit mehr oder weniger ausserhalb des direkten Kontrollbereichs des Arbeitgebers auszuführen hat, ist die sorgfältige Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers besonders hervorzuheben. Als berechnete Interessen sind etwa anzusehen: die Erhaltung und Pflege der Kundschaft und die Gewährleistung und Steigerung des Umsatzes durch Vermittlung neuer Geschäfte. Der Vermittlungsagent ist aufgrund von Art. 321a Abs. 1 OR im weiteren verpflichtet, das Interesse des Arbeitgebers an der Zahlungsfähigkeit des Kunden zu wahren, indem er die Solvenz der Kunden laufend überprüft und dem Arbeitgeber Meldung über negative Ergebnisse dieser Prüfung erstattet. (49) Im Versicherungsgewerbe ist dieses Interesse des Versicherers allerdings nicht als vorrangig zu bezeichnen, da der Versicherungsnehmer gestützt auf Art. 19 VVG vor-

(49) Jundt, 96; a.M. Kornmeier, 39, der eine solche Prüfungspflicht des Handelsreisenden verneint.

leistungspflichtig ist, und die Leistungspflicht des Versicherers im Falle des Prämienverzuges nach Ablauf der in Art. 20 Abs. 1 VVG festgesetzten Mahnfrist gestützt auf Art. 20 Abs. 2 und 3 VVG sistiert wird.

Der Agent nach Art. 418a ff OR hat gemäss Art. 418c Abs. 1 OR "die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren." Die Sorgfaltspflicht des Agenten umfasst u.a.: (50)

- die Einhaltung der festgesetzten Preise und der übrigen Vertragsbedingungen
- die Ueberprüfung der Zahlungsfähigkeit des Kunden, die im Versicherungsgewerbe allerdings keine besondere Bedeutung hat
- den Verzicht auf die Entgegennahme von Entschädigungen seitens der Kunden (sog. Doppelvertretung), soweit dies nicht vereinbart oder handelsüblich ist. (51)

An die Sorgfaltspflicht des Agenten, deren Ausgangspunkt in Art. 398 Abs. 2 OR zu sehen ist, (52) werden somit strengere Anforderungen gestellt als an diejenige des Handelsreisenden. (53) Sie zwingt ihn insbesondere, auch seinen eigenen Geschäftsbetrieb sorgfältig zu führen. (54)

(50) Botschaft AGV, 674; vgl. im weiteren Wehrli, 61; Blatter, 52ff; Padel, 47ff; Langmack, 37; Meister Guido, AGV, 22f; Schärer, 49; Hug, Rechtsprobleme, 350; Schläpfer, 92.

(51) vgl. auch Gautschi, Art. 418c, N. 3d.

(52) Wehrli, 61.

(53) Schläpfer, 92.

(54) Wehrli, 61.

4.2.4 Treuepflicht

Die Treuepflicht des Vermittlungsagenten schliesst nahtlos an seine Sorgfaltspflicht an. Während die Sorgfaltspflicht ihm gebietet, die Interessen des Arbeitgebers durch aktives Tun zu wahren, untersagt ihm die Treuepflicht die Verletzung der Interessen des Arbeit- bzw. Auftraggebers zur Erlangung eigener Vorteile.

Für den Handelsreisenden als Arbeitnehmer wird die Treuepflicht ebenfalls durch Art. 321a OR festgelegt. Aus Art. 321a Abs. 1 OR ergibt sich, dass der Handelsreisende seine eigenen Interessen an einem erfolgreichen Geschäftsabschluss (Provisionsanspruch) auf jeden Fall den Interessen des Arbeitgebers am Verzicht auf einen Abschluss (z.B. weil das Geschäft zu viele Risiken birgt) unterordnen muss. (55) Derselbe Interessenvorrang des Auftraggebers vor den Interessen des Agenten ergibt sich auch aus Art. 418c Abs. 1 OR, der den Agenten zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers unmissverständlich verpflichtet.

Dieser Aspekt der Treuepflicht ist im Versicherungsgewerbe von besonderer Bedeutung. Dem Versicherer ist es unmöglich, alle Angaben im Detail zu überprüfen, die er für die Risikobeurteilung benötigt. In der Praxis ist der Vermittlungsagent dem Versicherungsnehmer bei der Ausfüllung des Fragebogens des Versicherers behilflich, der dem Versicherer zur Risikobeurteilung dient. Die Treuepflicht gebietet dem Vermittlungsagenten in diesem Bereich seiner Tätigkeit, den Versicherungsnehmer zur wahrheitsgemässen und vollständigen Ausfüllung des Fragebogens anzuhalten, auch wenn er dadurch riskieren muss, dass der Versicherer den Antrag in Kenntnis

(55) Meyer Beat, 35f; Bruck-Möller, N. 217 vor §§ 43-48 dVVG.

des tatsächlichen Risikos ablehnt, und er den erhofften Provisionsanspruch aus diesem Geschäft deshalb nicht erwirbt.

Weiterer Ausfluss der Treuepflicht ist das Verbot der Ausübung von entgeltlichen Tätigkeiten, die den Arbeit- bzw. Auftraggeber direkt oder indirekt konkurrenzieren. Für den Handelsreisenden ergibt sich dieses Verbot direkt aus dem Gesetz (Art. 321c Abs. 3 OR), (56) für den Agenten muss es aus Art. 418c Abs. 1 abgeleitet werden. (57)

Die Verletzung der Treuepflicht löst die Haftung des Vermittlungsagenten für den entstandenen Schaden aus. Diese Rechtsfolge ergibt sich sowohl für den Handelsreisenden als auch für den Agenten aus Art. 98 Abs. 2 OR. In Fällen krasser Verletzung der Treuepflicht kann der Versicherer das Vertragsverhältnis gestützt auf Art. 337 OR (Arbeitsvertrag) bzw. gestützt auf Art. 418r in Verb. mit Art. 337 OR (Agenturvertrag) fristlos auflösen.

4.2.5 Informationspflicht

Der Vermittlungsagent hat den Versicherer - unabhängig von der Qualifikation des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses - über alle erheblichen Vorfälle und Tatsachen zu informieren. Als erheblich sind etwa zu betrachten: die allgemeine Geschäftslage, das Verhalten der Kundschaft und

(56) Sten. Bull. NR 1969, 431; vgl. auch Raaflaub, 44.

(57) Botschaft AGV, 674; Wehrli, 60; Schläpfer, 93; Meyer, H.R., 41; a.M. Gautschi, Art. 418c, N. 3c, der allerdings seine Behauptung dahingehend abschwächt, dass er die Zulässigkeit der Uebernahme einer Konkurrenzagentur von der Zustimmung des bisherigen Auftraggebers abhängig macht, was im Resultat wieder zu einem Konkurrenzverbot während der Vertragsdauer führt.

das Geschäftsgefahren der Konkurrenz. (58) Im Versicherungsgewerbe besonders wichtig sind zudem alle Tatsachen, die ein bestimmtes Risiko betreffen, das der Versicherer übernommen hat, wie etwa die Gefahrserhöhung, Informationen über die Verletzung der Anzeigepflicht oder der Verletzung von anderen Obliegenheiten durch den Versicherungsnehmer.

Diese Informationspflicht leitet sich aus der Sorgfalts- und Treuepflicht des Vermittlungsagenten ab, (59) sie gehört zur sorgfältigen Interessenwahrung, die sowohl in Art. 321a OR (Arbeitsvertrag) als auch in Art. 418c Abs. 1 OR (Agenturvertrag) gesetzlich verlangt wird. Für den Handelsreisenden wird die Informationspflicht in Art. 348 Abs. 3 OR umfassend geregelt.

Die Verletzung der Informationspflicht löst ebenfalls die Schadenersatzfolge zulasten des Vermittlungsagenten aus, wobei der Versicherer allerdings erhebliche Mühe mit dem Schadensnachweis haben dürfte. Ausserdem muss der Vermittlungsagent damit rechnen, dass der Versicherer den Vertrag fristlos auflöst, was bei wiederholter Verletzung der Informationspflicht trotz entgegenstehender Mahnung des Versicherers gerechtfertigt erscheint.

4.2.6 Rechenschaftspflicht

Die Rechenschaftspflicht des Arbeitnehmers und des Handelsreisenden ergibt sich aus Art. 321b Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber über alles Rechenschaft abzulegen, was er bei der Ausübung seiner Tätigkeit für den Arbeitgeber erhält.

(58) Wehrli, 58f; vgl. auch Testuz, 79; Meyer Beat, 36ff; Schläpfer, 92; Vetsch, 282f; Blatter, 54f, Burnand, 45f; Padel, 50ff; Langmack, 40.

(59) vgl. oben Abschn. 4.2.3 und 4.2.4.

Für den Vermittlungsagenten, der unter Agenturvertragsrecht steht, ergibt sich die Rechenschaftspflicht aus Art. 400 Abs. 1 OR. (60) Nach dieser Bestimmung ist der Agent verpflichtet, auf Verlangen jederzeit Rechenschaft abzulegen.

Im Versicherungsgewerbe ist diese Rechenschaftspflicht dann besonders wichtig, wenn der Agent zum Inkasso der Prämien befugt ist, was aber heute kaum noch der Fall sein dürfte. Immerhin betrauen die meisten Versicherungsgesellschaften ihre Vermittlungsagenten mit dem Inkasso von Prämien, mit denen der Versicherungsnehmer sich im Verzug befindet.

4.2.7 Herausgabepflicht

Der Vermittlungsagent hat dem Versicherer nicht bloss Rechenschaft über die vereinnahmten Prämien abzulegen. Er ist vielmehr auch verpflichtet, dem Versicherer alles herauszugeben, wofür er rechenschaftspflichtig ist. (61)

Dazu ist allerdings festzuhalten, dass dem Vermittlungsagenten für alle Zahlungen, die er gestützt auf eine Inkassovollmacht entgegengenommen hat, das Retentionsrecht zusteht. (62) Für den Arbeitnehmer ergibt sich das Retentionsrecht aus Art. 895ff ZGB, für den Handelsreisenden aus Art. 349e Abs. 1 OR und für den Agenten aus Art. 418o Abs. 1 OR. (63)

-
- (60) Diese Subsumierung ergibt sich daraus, dass Art. 418b Abs. 1 OR für den Vermittlungsagenten die Bestimmungen über den Mäklervertrag als ergänzend anwendbar erklärt. Gemäss Art. 412 Abs. 2 OR steht der Mäklervertrag "im allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag."
- (61) Art. 321b Abs. 1 OR für den Arbeitnehmer und den Handelsreisenden; Art. 400 Abs. 1 OR in Verb. mit Art. 418b Abs. 1 und Art. 412 Abs. 2 OR für den Agenten. Vgl. auch Meyer Beat, 41; Wehrli, 59; Blatter, 57; Padel, 62f; Schärer, 56f; Langmack, 41f; Hug, Rechtsprobleme, 349; Burnand, 47.
- (62) Meyer Beat, 41; Wehrli, 59.
- (63) vgl. unten Abschn. 4.6.3.

Besonders zu beachten ist, dass der Vermittlungsagent, der seine Herausgabepflicht verletzt, u.U. den Straftatbestand der Veruntreuung (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB) erfüllt. Falls der Vermittlungsagent vom Versicherer verpflichtet wird, vereinnahmte Prämien in eine separate Kasse zu legen, so erfüllt er den Tatbestand der Veruntreuung durch Aneignung einer anvertrauten fremden Sache (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) (64) in dem Moment, da er sich eingenommene Prämiegelder, mit der Absicht, sich zu bereichern aneignet, indem er diese z.B. auf sein Bankkonto einzahlt um einen Zinsvorteil zu erlangen, (65) statt sie in die vorgeschriebene Kasse zu legen.

Fehlt die Pflicht zur Führung einer separaten Kasse, so erfüllt er den Straftatbestand von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (unrechtmässige Verwendung anvertrauten Gutes), wenn er vereinnahmte Prämiegelder vorsätzlich im "eigenen oder eines anderen Nutzen" verwendet, (66) indem er beispielsweise die eingenommenen Prämien für seinen Lebensunterhalt verwendet. Die Bereicherungsabsicht ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn er im Moment der Verwendung der Gelder ersatzbereit war und davon überzeugt war, dass er den gleichen Betrag im Moment der vertragsgemässen Herausgabe würde leisten können. Es bleibt aber zu beachten, dass die Ersatzbereitschaft die widerrechtliche Verwendung nicht rechtmässig macht, sondern nur das Tatbestandselement der Bereicherungsabsicht ausschliesst. (67)

(64) BGE 81 IV 228ff.

(65) Nach BGE 91 IV 130ff genügt bereits die Absicht der vorübergehenden Bereicherung.

(66) BGE 74 IV 30.

(67) BGE 74 IV 31.

Keinen Straftatbestand erfüllt der Vermittlungsagent, der vereinnahmte Prämieingelder in der irrigen Meinung zurückbehält und für sich verwendet, er sei zur Verrechnung mit Ansprüchen gegen den Versicherer berechtigt. (68)

4.2.8 Geheimhaltungspflicht

Die Geheimhaltungspflicht ist ebenfalls Bestandteil der Treuepflicht des Vermittlungsagenten. (69) Sie wurde sowohl für den Arbeitsvertrag als auch für den Agenturvertrag positivrechtlich geregelt. (70) Nach diesen Gesetzesbestimmungen ist es dem Vermittlungsagenten namentlich untersagt, Geschäftsgeheimnisse zu verwerten oder anderen mitzuteilen, die ihm vom Versicherer anvertraut wurden oder von denen er aufgrund seiner Tätigkeit für den Versicherer Kenntnis erhielt. Wie sich aus den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts unmissverständlich ergibt, besteht die Geheimhaltungspflicht sowohl während als insbesondere auch nach der Auflösung des Vertragsverhältnisses mit dem Versicherer.

Die Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht sich auf alle Tatsachen, an deren Geheimhaltung der Versicherer ein schutzwürdiges Interesse hat. (71) Dazu gehören insbesondere Angaben über die Betriebsorganisation, (72) über den Aufbau der Aussendienstorganisation, (73) Einzelheiten über Ver-

(68) BGE 81 IV 25ff.

(69) vgl. oben Abschn. 4.2.4; Botschaft HRAG, 1334; Sten. Bull. NR 1969, 433 und 436; Meyer Beat, 39ff; Gautschi, Art. 418d, N. 2a.

(70) Arbeitsvertrag: Art. 321a Abs. 4 OR; Agenturvertrag: Art. 418d Abs. 1 OR.

(71) Meyer Beat, 39; Gautschi, Art. 418d, N. 2c; Häfliger, 15; BGE 88 II 332.

(72) Wehrli, 60.

(73) Meyer Beat, 39; Wehrli, 60.

sicherungsverhältnisse mit einzelnen Kunden (74) und die Kundenliste. (75) Für den Agenturvertrag wird allgemein bestritten, dass die Kundenliste zu den geheimzuhaltenden Tatsachen zähle, soweit der Agent diese Kunden selbst geworben habe. (76) Diese Auffassung steht aber einerseits im Widerspruch zur Tatsache, dass der Agent unter bestimmten Voraussetzungen einen unabdingbaren Anspruch auf Entschädigung für die von ihm geworbene Kundschaft hat, (77) wodurch seine Verdienste um den Erwerb der Kundschaft angemessen entschädigt werden. Es ist deshalb nicht einzusehen, wieso das Interesse des Versicherers an der Geheimhaltung seines Kundenkreises, für dessen Erwerb den Agenten u.U. entschädigen muss, weniger schutzwürdig sein sollte, als das Interesse des Agenten an der Verwertung der Kundenliste. Andererseits ist es gerade im Versicherungsgewerbe unmöglich, die Kundenliste von weiteren Tatsachen zu trennen, an denen unbestrittenermassen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des Versicherers besteht. Zu diesen Tatsachen gehören etwa Kenntnisse über die Dauer bestimmter Versicherungsverhältnisse, über den zusätzlichen, noch ungedeckten Versicherungsbedarf einzelner Kunden, den Schadenverlauf bei bestimmten Kunden, die Vermögensverhältnisse und damit die Kreditwürdigkeit der Kunden. Aus der Kundenliste lassen sich im weiteren auch Schlüsse über die Aussendienstorganisation des Versicherers ziehen. Aus allen diesen Gründen ist die Auffassung, dass die Kundenliste beim Agenturvertrag nicht zu den Geschäftsgeheimnissen gehöre, zumindest für das Versicherungswesen nicht haltbar, zumal diese Auffassung auf einen Bundesge-

(74) Wehrli, 60; Meyer Beat, 39.

(75) Meyer Beat, 39.

(76) Botschaft AGV, 675; BGE 61 II 92; Wehrli, 60; Burnand, 41; Vetsch, 284; Schärer, 54; a.M. Gautschi, Art. 418d, N. 2a, der die Kundenliste ausdrücklich als geheimzuhaltende Tatsache nennt.

(77) Art. 418u OR; vgl. unten Abschn. 7.8.

richtsentscheid abstellt, der aus einer Zeit stammt, als das Agenturvertragsrecht noch nicht kodifiziert war und der Agent noch keinen Anspruch auf Kundschaftsentschädigung hatte. (78)

Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht löst die Schadenersatzpflicht des Vermittlungsagenten aus, die sich für die Verletzung während der Dauer des Vertragsverhältnisses aus Art. 321e OR (Arbeitsvertrag) bzw. aus Art. 98 Abs. 2 OR (Agenturvertrag) ergibt. Nach Beendigung des Vertrages wird der Schadenersatzanspruch des Versicherers gestützt auf Art. 28 ZGB in Verbindung mit Art. 41 OR begründet. (79)

Aus Art. 28 ZGB leitet sich zudem ein Unterlassungsanspruch des Versicherers ab, (80) falls eine ernste Gefahr besteht, dass der Vermittlungsagent seine Geheimhaltungspflicht verletzen oder weiterhin verletzen könnte. (81)

Ausserdem ist die Verletzung der Geheimhaltungspflicht unter Strafandrohung gestellt (Art. 162 StGB), wobei es sich hier lediglich um ein Antragsdelikt handelt. Mit Strafe bedroht wird einerseits der Vermittlungsagent, der seine gesetzliche (oder eine allenfalls weitergehende vertragliche) Geheimhaltungspflicht verletzt. Andererseits wird aber auch demjenigen Bestrafung angedroht, der sich den Geheimnisverrat zunutze macht. Die angedrohte Strafe ist Gefängnis von drei Tagen bis zu drei Jahren (82) und/oder Busse. (83)

(78) BGE 61 II 92.

(79) Häfliger, 16.

(80) Häfliger, 16.

(81) BGE 97 II 93f.

(82) Art. 36 Ziff. 1 in Verb. mit Art. 162 StGB.

(83) Art. 48 in Verb. mit Art. 162 und Art. 50 StGB. Der Richter ist im Falle einer kommerziellen Verwertung von Geschäftsgeheimnissen durch den Vermittlungsagenten an den oberen Busenrahmen von Fr. 40'000.-- nicht gebunden (Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

Die in Art. 321a Abs. 4 ebenfalls ausdrücklich genannte und auch für das Agenturvertragsrecht geltende (84) Verletzung von Fabrikationsgeheimnissen ist für das Gebiet des Versicherungswesens belanglos.

4.3 Die Pflichten des Versicherers

4.3.1 Zahlung des vereinbarten Entgeltes

Die wichtigste Gegenleistung des Versicherers aus dem Vertrag mit dem Vermittlungsagenten ist die Zahlung des vereinbarten Entgeltes. Sowohl für den Arbeits- und Handelsreisendenvertrag als auch für den Agenturvertrag ist die Entgeltlichkeit der Leistungen des Vermittlungsagenten begriffswesentlich.

Beim Arbeitsvertrag ergibt sich die Lohnzahlungspflicht des Versicherers aus Art. 319 Abs. 1 OR und beim Handelsreisendenvertrag aus Art. 349a Abs. 1 OR.

Für den Agenturvertrag bestreiten verschiedene Autoren, dass die Entgeltlichkeit begriffswesentlich sei. (85) Es ist zwar richtig, dass die Entgeltlichkeit des Agenturvertrages in Art. 418a OR nicht erwähnt wird. (86) Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass diese Gesetzesbestimmung - trotz der verwirrenden Ueberschrift "Begriff" - nicht den Agenturvertrag generell, sondern nur den Agenten definiert. (87) Damit steht fest, dass für die Definition des Agenturvertrages nicht ausschliesslich auf Art. 418a Abs. 1 OR abgestellt

(84) Gautschi, Art. 418d, N. 2c und 3a.

(85) Zürcher, 20; Littmann, 38; Burnand, 52, der aber auf der gleichen Seite zubilligt, der Agenturvertrag sei prinzipiell ein entgeltlicher Vertrag.

(86) Burnand, 52; Zürcher, 20.

(87) Botschaft AGV, 671.

werden darf, sondern dass viel mehr alle übrigen Bestimmungen des Agenturvertragsrechtes ebenfalls definitorische Elemente enthalten können.

Da nach Art. 418b Abs. 1 OR auf den Vermittlungsagenten die Bestimmungen des Mäklervertrages und auf den Abschlussagenten diejenigen des Kommissionsvertrages ergänzend anwendbar sind, ergibt sich die Entgeltlichkeit der Agententätigkeit aus diesen beiden Vertragsarten. Gemäss Art. 412 Abs. 1 OR erbringt der Mäkler seine Dienstleistung "gegen eine Vergütung". Der Kommissionär besorgt seine Tätigkeit im Dienste des Kommittenten ebenfalls "gegen eine Kommissionsgebühr" (Art. 425 Abs. 1 OR).

Auch aus Art. 418g Abs. 1 OR ergibt sich, dass die Entgeltlichkeit der Agententätigkeit begriffswesentlich ist. (88) Nach dieser Bestimmung hat der Agent "Anspruch auf die vereinbarte oder übliche Vermittlungs- oder Abschlussprovision."

Im Unterschied zum Lohn des Arbeitnehmers ist aber das Entgelt des Agenten in der Regel vollumfänglich erfolgsabhängig. (89)

Aus der Tatsache, dass im Agenturvertragsrecht die Entgeltlichkeit der Leistungen des Agenten als begriffswesentlich zu qualifizieren ist, ergibt sich, dass für den nebenamtlich tätigen Agenten der Anspruch auf Provision nicht gestützt auf Art. 418a Abs. 2 OR wegbedungen werden kann. Eine unentgeltliche Tätigkeit eines nebenamtlichen Vermittlungsagenten wäre allenfalls unter Auftragsrecht (Art. 394 Abs. 3 OR) denkbar. (90)

(88) Wehrli, 27 und 66f; Berger, AGV, 41; Langmack, 15, Blatter, 8.

(89) vgl. dazu unten Abschn. 8.4.2.

(90) Berger, AGV, 41.

Im Versicherungsgewerbe ist die Vereinbarung einer Provision als Entgelt für die Leistungen des Vermittlungsagenten üblich, unabhängig davon, wie das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent ausgestaltet ist.

Die Entstehung des Provisionsanspruches ist für alle möglichen Vertragsverhältnisse von folgenden Voraussetzungen abhängig:

- a) Der Vermittlungsagent muss im Sinne des Vertrages tätig gewesen sein. (91) Diese Tätigkeit besteht darin, den Versicherungskandidaten zu werben, zu beraten und allfällige abschlusshemmende Motive des Versicherungskandidaten zu beseitigen. (92) Nicht entscheidend ist, mit welcher Intensität der Vermittlungsagent im einzelnen Fall tätig sein muss. Wesentlich ist aber, dass der Vermittlungsagent die entscheidenden Motive für den Abschluss des Versicherungsvertrages gesetzt hat. Werden diese Motive durch mehrere Vermittlungsagenten gesetzt, so entsteht jedem von ihnen ein anteilmässiger Anspruch an der Gesamtprovision. (93)
- b) Da die Provision vom Erfolg des Geschäftes abhängt, muss der Versicherungskandidat dem Versicherer den Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages stellen, und der Versicherer muss diesen Antrag annehmen.

(91) Meyer Beat, 63f; Rehbinder, Provision, 774; Wehrli, 69; Zürcher, 24ff; Padel, 75.

(92) Wehrli, 69.

(93) BGE 72 II 422.

Der Versicherungsvertrag muss also rechtsgültig zustandekommen, damit der Provisionsanspruch des Vermittlungsagenten entsteht. (94)

- c) Zwischen der Tätigkeit des Vermittlungsagenten und dem Abschluss des Versicherungsvertrages muss ein Kausalzusammenhang bestehen. (95) Hat der Vermittlungsagent das entscheidende Motiv gesetzt, das als "conditio sine qua non" zu qualifizieren ist, so schadet es seinem Provisionsanspruch nicht mehr, wenn die Vertragsverhandlungen zeitlich unterbrochen und anschliessend durch den Versicherer selbst oder einen anderen Agenten fortgesetzt werden. (96)

4.3.2 Ersatz der Auslagen

Der Versicherer hat dem Vermittlungsagenten unter Agenturvertragsrecht zumindest diejenigen Auslagen zu ersetzen, die der letztere auf besondere Weisungen des Versicherers auf sich genommen hat, wobei die Ersatzpflicht vom Zustandekommen des vermittelten Geschäftes unabhängig ist. (97) Zu denken ist hier etwa an bestimmte Werbeausgaben oder an Repräsentationsspesen.

-
- (94) Art. 322b Abs. 1 OR; Art. 418g Abs. 3 OR. vgl. auch Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 318; Botschaft AGV, 678f; Wehrli, 70; Meyer Beat, 63; Meister Guido, AGV, 32; Padel, 75; Schärer, 71, Blatter, 68.
- (95) Botschaft AGV, 677f; Hug, Rechtsprobleme, 355f; Rehbinder, Provision, 774; Meyer Beat, 63f; Wehrli, 71; Sigg, 28; Zürcher, 27f; Padel, 75; Schärer, 69f; Langmack, 55; Trinkhaus, 176; Bruck-Möller, N. 283 vor §§ 43-48 dVVG.
- (96) BGE 40 II 531; 57 II 193ff; 62 II 344; 69 II 108f; 72 II 89f; 76 II 382; Wehrli, 72.
- (97) Art. 418n Abs. 1 und 2 OR.

Für den Arbeits- und Handelsreisendenvertrag geht die Ersatzpflicht des Versicherers gestützt auf Art. 327a OR wesentlich weiter. Der Versicherer hat dem Vermittlungsagenten als Arbeitnehmer oder Handelsreisenden sämtliche "durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen", wozu bei Arbeiten an auswärtigen Arbeitsorten auch die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen (Unterkunft, Verpflegung, etc.) gehören. (98)

4.3.3 Abrechnungspflicht

Da der Vermittlungsagent definitionsgemäss lediglich Versicherungsanträge von Versicherungsinteressenten vermittelt, hat er keine Kenntnisse darüber, ob und wann ein von ihm vermittelter Versicherungsvertrag zu welchen Bedingungen rechtsgültig zustandegekommen ist. Er ist deshalb auf die Informationen angewiesen, die er vom Versicherer erhält. Da das Entgelt des Vermittlungsagenten bei allen befragten Versicherungsgesellschaften zumindest zum Teil aus Provisionen für vermittelte Versicherungsverträge besteht, (99) hat der Vermittlungsagent ein berechtigtes Interesse an dieser Information.

Der Gesetzgeber hat diesem Informationsbedürfnis insofern Rechnung getragen, als er den Versicherer verpflichtet, dem Vermittlungsagenten auf jeden Fälligkeitstermin eine schriftliche Abrechnung über die provisionspflichtigen Geschäfte zu übergeben. Diese Pflicht gilt sowohl für den Arbeits-

(98) Art. 327a Abs. 1 OR; vgl. dazu im weiteren unten Abschn. 5.5.1.2 lit. d.

(99) In der Praxis besteht die Entschädigung des Vermittlungsagenten aus dem Grundbetrag (der Provisionsgarantie) sowie der allenfalls erzielten Mehrprovisionen.

bzw. Handelsreisendenvertrag (Art. 322c Abs. 1 OR) (100) als auch für den Agenturvertrag (Art. 418k Abs. 1 OR). (101)

Sowohl beim Arbeits- als auch beim Agenturvertrag kann allerdings vereinbart werden, dass der Vermittlungsagent und nicht der Versicherer diese Abrechnung erstellen müsse. Art. 322c Abs. 1 OR spricht von vertraglicher Verpflichtung, die folglich auch mündlich vereinbart werden kann, währenddem in Art. 418k Abs. 1 OR für den Agenturvertrag eine schriftliche Abrede verlangt wird.

Etwas Mühe bereitet in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass Art. 362 OR den ganzen Art. 322c OR als zwingende Norm gestaltet, obwohl die Pflicht des Versicherers zur Erstellung einer Provisionsabrechnung sogar durch mündliche Abrede in eine entsprechende Verpflichtung des Vermittlungsagenten umgewandelt werden kann. Diese Tatsache hat wohl Schweingruber (102) zur Auffassung wider den klaren Gesetzestext veranlasst, Absatz 1 von Art. 322c OR sei nicht zwingend ausgestaltet. Diese Auffassung ist insofern richtig, als nicht der Arbeitgeber zwingend verpflichtet ist, diese Abrechnung zu erstellen. Hingegen ergibt sich aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber Art. 322c Abs. 1 OR ebenfalls zwingend ausgestaltet hat, dass die Parteien nicht vereinbaren können, es sei keine Abrechnung zu erstellen. Der gesetzliche Zwang bezieht sich demzufolge auf die Erstellung

(100) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 319; Meyer Beat, 79f; a.M. Schweingruber, Art. 322c, N. 1, der - wohl in Anlehnung an den früheren Art. 11 Abs. 3 HRAG, welcher mit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes ausser Kraft gesetzt wurde (Uebergangsbestimmungen zum revidierten Arbeitsvertragsrecht) - ausführt, Art. 322c Abs. 1 OR sei auf den Handelsreisendenvertrag nicht anwendbar.

(101) Botschaft AGV, 680; Wehrli, 84; Burnand, 49; Meister Guido, AGV, 40ff; Zürcher, 52f; Schärer, 79f; BGE 95 II 143.

(102) Schweingruber, Art. 322c, N. 1.

einer Abrechnung, überlässt aber den Parteien die Abrede darüber, wer die Abrechnung zu erstellen habe.

Die gleiche Rechtslage ergibt sich aus der Auslegung von Art. 418k Abs. 1 OR. Die Parteien können durch schriftliche Abrede vereinbaren, dass der Vermittlungsagent und nicht der Versicherer die Abrechnung erstellen müsse. Im Hinblick auf die Erstellung der Abrechnung enthält folglich auch Art. 418k Abs. 1 OR zwingendes Recht, obwohl dies im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt wird.

Die im Gesetz (Art. 322c Abs. 1 und Art. 418k Abs. 1 OR) vorgesehene Möglichkeit, dass der Vermittlungsagent zur Erstellung der Provisionsabrechnung verpflichtet werden kann, erscheint allerdings etwas praxisfremd. Aus der Tatsache, dass der Vermittlungsagent ein bestimmtes Geschäft lediglich vermittelt, dass er über das Abschlussdatum und die definitiven Vertragskonditionen keine detaillierten Kenntnisse haben kann folgt, dass er kaum in der Lage sein dürfte, ohne die aktive Unterstützung des Versicherers die erforderliche Abrechnung einwandfrei zu erstellen. (103) Damit der Vermittlungsagent seiner Abrechnungspflicht nachkommen könnte, müsste er durchwegs von seinem Büchereinsichtsrecht Gebrauch machen, was u.U. mit erheblichen Umtrieben und Kosten verbunden sein könnte. (104) De lege ferenda wäre zu überlegen, ob die heutige, allzu theoretische Lösung mit Rücksicht auf die Probleme des Vermittlungsagenten nicht dahingehend zu präzisieren wäre, dass der Versicherer zwingend verpflichtet würde, diese Abrechnung zu erstellen.

(103) Dieser Ansicht war wohl auch der Bundesrat, als er in der Botschaft zum Agenturvertrag, S. 680, festhielt, der Agent besitze die Unterlagen für die Abrechnung oftmals nicht.

(104) vgl. nachfolgend Abschn. 4.3.4.

Ueber die Form der Abrechnung äussert das Gesetz sich unmissverständlich: Es verlangt sowohl in Art. 322c Abs. 1 als auch in Art. 418k Abs. 1 OR, dass eine schriftliche Abrechnung zu übergeben sei. Unter einer schriftlichen Abrechnung kann nur eine Auflistung der in der betreffenden Periode fällig gewordenen Provisionsgeschäfte und der dafür geschuldeten Provisionen verstanden werden. (105)

Der nicht zur Abrechnung verpflichtete Vermittlungsagent hat die Abrechnung des Vertragspartners sofort zu prüfen und im Falle von Unstimmigkeiten innert angemessener Frist zu beanstanden. Längeres Stillschweigen des Vermittlungsagenten gilt als Genehmigung der Abrechnung, (106) wobei sich diese Genehmigung aber ausschliesslich auf die in der Abrechnung tatsächlich enthaltenen Geschäfte beziehen kann, da sonst den Vorschriften von Art. 322c Abs. 1 und Art. 418k Abs. 1 OR eine durch nichts gerechtfertigte Verwirkungswirkung mit Bezug auf alle in einer Abrechnung nicht enthaltenen Provisionsansprüche des Provisionsberechtigten zukommen würde. Ausserdem ist festzuhalten, dass der Provisionsberechtigte bei Vorliegen von Willensmängel auch die stillschweigend oder ausdrücklich anerkannte Abrechnung innert der Frist von Art. 31 OR noch anfechten kann.

Dieselbe Anerkennungsregelung muss für den Versicherer gelten, falls der Vermittlungsagent zur Erstellung der Abrechnung verpflichtet wird.

(105) a.M. Meyer Beat, 79, der annimmt, mit der Uebergabe von Rechnungsduplikaten, die den endgültigen Rechnungsbetrag sowie eine Angabe über die Provision enthielten, käme der Arbeitgeber seiner in Art. 322c OR festgelegten Abrechnungspflicht nach. Damit wird aber die Formvorschrift von Art. 322c Abs. 1 OR nicht erfüllt. Vgl. auch Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 10b.

(106) Meyer Beat, 80; Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 10d; ZR 55, Nr. 12.

Unterlässt der Verpflichtete die Abrechnung schuldhaft, so wird er der Gegenpartei Schadenersatzpflichtig. (107)

Da dem Arbeitnehmer (Art. 322c Abs. 2 OR) und dem Agenten (Art. 418k Abs. 2 OR) das Recht auf Büchereinsicht zwingend zusteht, kann der Richter im Weigerungsfalle des zur Abrechnung Verpflichteten - dort wo die kantonale Zivilprozessordnung eine solche vorsieht - auch eine Ersatzvornahme anordnen. (108)

Schliesslich ist zu beachten, dass eine wissentlich falsche Abrechnung u.U. Strafrechtstatbestände (Betrug, Urkundenfälschung) erfüllen kann. (109)

Im Agenturvertrag mit einem nebenamtlich tätigen Agenten kann die Abrechnungspflicht gestützt auf Art. 418a Abs. 2 OR wegbedungen werden. Diese Tatsache ist als überaus unbefriedigend zu bezeichnen, da die Abrechnungspflicht nicht in die primären Rechte und Pflichten des Agenturvertrages eingreift, sondern vielmehr dazu dienen soll, dass Agenturverhältnis reibungslos abzuwickeln. Der Gesetzgeber hat in diesem Punkte eine allzu grosse Konzessionsbereitschaft gegenüber den gegen die Agenturvertragsvorlage opponierenden Versicherungsgesellschaften gezeigt, zumal die Wegbedingung der Abrechnungspflicht für verdiente Provisionen weder durch die besonderen Verhältnisse noch die speziellen Geschäftsgebräuche im Versicherungsgewerbe (110) gerechtfertigt erscheinen.

(107) Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 10e.

(108) Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 10e; für den Kanton Zürich: § 307 ZPO.

(109) Dürr, 166; Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 10c.

(110) Botschaft AGV, 668.

Fehlt im Agenturvertrag eines nebenamtlich tätigen Agenten eine entsprechende Regelung über die Abrechnung der fälligen Provisionen, in dem die Anwendung der Bestimmungen des Agenturvertragsrechtes wegbedungen wurden, so kann der Agent sich allerdings dadurch behelfen, dass er unter Berufung auf Art. 400 Abs. 1 OR eine solche Abrechnung selbst erstellt und dem Versicherer vorlegt. Bestreitet der Versicherer die vorgelegte Abrechnung nicht innert angemessener Frist, so gilt sie als stillschweigend anerkannt. (111)

4.3.4 Pflicht zur Gewährung der Büchereinsicht

Sowohl das Arbeitsvertrags- (112) als auch das Agenturvertragsrecht (113) billigen dem provisionsberechtigten Vermittlungsagenten das Recht zu, die Bücher und Belege des Versicherers einzusehen, soweit sie für die Abrechnung der Provisionen Aufschluss zu geben vermögen.

Das Büchereinsichtsrecht des Vermittlungsagenten ist zwingend ausgestaltet: Die für das Arbeitsvertragsrecht massgebende Bestimmung (Art. 322c Abs. 2 OR) darf nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. (114) Die Regelung des Agenturvertragsrechtes lautet dahingehend, dass der Agent auf sein Büchereinsichtsrecht nicht im voraus verzichten könne. (115)

Dazu ist aber festzuhalten, dass die arbeitsvertragsrechtliche Bestimmung über die Büchereinsicht vorsieht, dass der

(111) Gautschi, Art. 400, N. 32b.

(112) Art. 322c Abs. 2 OR; vgl. auch Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 319; Meyer Beat, 80f.

(113) Art. 418k Abs. 2 OR; vgl. auch Botschaft AGV, 680; Burnand, 49; Wehrli, 85f; Meister Guido, AGV, 42f; Zürcher, 53f; Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 10c.

(114) Art. 362 OR.

(115) Art. 418k Abs. 2 OR, letzter Satz.

Richter einen Sachverständigen bezeichnen könne, dem anstelle des Arbeitnehmers Büchereinsicht zu gewähren sei. An dieser Einsichtnahme durch einen Sachverständigen können sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse haben: Der Arbeitnehmer kann daran interessiert sein, weil er nicht über die notwendigen buchhalterischen Kenntnisse verfügt, die zur Prüfung erforderlich sind, währenddem der Arbeitgeber an der Geheimhaltung von Fakten interessiert sein kann, die mit der Provisionsabrechnung nicht zu tun haben.

Im Agenturvertragsrecht fehlt eine solche Präzisierung des Einsichtsrechtes. Trotzdem ist davon auszugehen, dass der Richter sowohl dem Agenten wie auch dem Versicherer bewilligen kann, dass die Büchereinsicht durch einen sachverständigen Dritten ausgeführt werde. (116)

Mit der ausdrücklichen oder der stillschweigenden Anerkennung der Richtigkeit der Provisionsabrechnung geht auch das Recht auf Büchereinsicht unter, (117) kann allerdings wieder aufleben, falls der Einsichtsberechtigte eine Abrechnung wegen Willensmängeln anfigt.

Dem nebenamtlichen Agenten kann der Anspruch auf Büchereinsicht entzogen werden, indem der Versicherer die Anwendung des Agenturvertragsrechtes wegbedingt. Auch diese Konsequenz der Konzession an die Versicherungsgesellschaften muss als stossend bezeichnet werden, da ausgerechnet der nebenamtliche Agent eine ausgesprochen schlechte Uebersicht darüber hat, welche Geschäfte, die er vermittelt hat, vom Versicherer tatsächlich abgeschlossen wurden.

(116) Gl. M. Burnand, 49; Wehrli, 85f; Zürcher, 53f; Schärer, 84.

(117) Meyer Beat, 80f.

Falls der nebenamtliche Agent daran zweifelt, ob der Versicherer die verdienten Provisionen richtig und vollständig ausbezahlt habe, und der Versicherer sich weigert, ihm freiwillig Büchereinsicht zu gewähren, bleibt dem Agenten nichts anderes übrig, als in einem ordentlichen Abrechnungsprozess gegen den Versicherer zu behaupten, dieser schulde ihm auf bestimmten Geschäften Provisionen bzw. höhere Provisionen. Im Prozess kann er die Edition der für die Berechnung seines Provisionsanspruches massgebenden Bücher und Belege durch den Versicherer als Beweismittel für seine Behauptung anrufen (118) und sich so ein Prüfungsrecht verschaffen. Unterliegt der Agent in diesem Abrechnungsprozess, so hat er sämtliche Kosten des Verfahrens zu tragen. Im Vergleich zum provisionsberechtigten Arbeitnehmer (119) und zum hauptberuflich tätigen Agenten, kann folglich der nebenamtliche Agent mit Bezug auf seine Kontrollrechte erheblich schlechter gestellt sein, ohne dass dieser Rechtsnachteil durch das Wesen des Agenturvertrages oder durch die Interessen des Auftraggebers in irgend einer Weise gerechtfertigt ist. De lege ferenda ist deshalb unbedingt zu fordern, dass diese ungerechtfertigte Rechtsverkürzung zulasten des nebenamtlich tätigen Agenten behoben wird. Dies kann dadurch geschehen, dass die Vorbehalte in Art. 418a Abs. 2 OR entsprechend erweitert werden.

4.3.5 Pflicht, die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen

Der Versicherer hat dem Vermittlungsagenten die für die Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen zur Ver-

(118) Guldener, 334ff.

(119) Unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer haupt- oder nebenberuflich für den Versicherer tätig ist (Art.319 Abs. 2 OR).

fügung zu stellen. Diese Pflicht des Versicherers ergibt sich für den Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag aus Art. 327 Abs. 1 OR und für den Agenturvertrag aus Art. 418f Abs. 1 OR.

Für die Versicherungsvermittlung sind als notwendige Unterlagen die Tarife, die gedruckten Versicherungsbedingungen, die Antragsformulare (120) und die Werbeunterlagen (121) zu verstehen.

Da der nebenamtlich tätige Vermittlungsagent seine vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht ausführen kann, wenn der Versicherer ihm keine Tarife, keine Antragsformulare und keine Versicherungsbedingungen (122) zur Verfügung stellt, ist der Versicherer - trotz allfälliger Wegbedingung der Bestimmungen des Agenturvertragsrechtes - verpflichtet, dem nebenamtlichen Vermittlungsagenten die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Versäumt der Versicherer als Arbeitgeber die Erfüllung der Pflicht zur Zuverfügungstellung der erforderlichen Unterlagen, so kommt er in Annahmeverzug. (123) Er hat folglich dem Arbeitnehmer den vereinbarten Lohn gleichwohl zu zahlen,

(120) Burnand, 48; Wehrli, 64.

(121) Botschaft AGV, 677; a.M. Wehrli, 64; Burnand, 48; Zürcher, 63; Bideau, SJK Nr. 585; Schärer, 77. Diese von der Botschaft abweichende Meinung kann für Werbematerial wie Stempel, Visitenkarten, Firmenschild, etc. geteilt werden, nicht aber für Broschüren, die der Versicherer vor allem in seinem eigenen Interesse drucken und über seine Vermittlungsagenten verteilen lässt.

(122) Nach Art. 3 VVG ist der Antragsteller an seinen Antrag nicht gebunden, wenn ihm die Versicherungsbedingungen nicht vor Einreichung des Versicherungsantrages übergeben werden.

(123) Rehbinder, Arbeitsrecht, 44 und 77f.

wobei der Arbeitnehmer bei vereinbarter Provisionsentschädigung auch einen Anspruch auf Ausrichtung der nichtverdienten Provision hat. (124)

Beim Agenturvertrag stellt die Zuverfügungstellung der notwendigen Unterlagen eine Vorleistungspflicht des Versicherers dar. Schuldhaftes Nichterfüllen durch den Versicherer löst die Schadenersatzfolge gemäss Art. 418m Abs. 1 OR aus. Nach dieser Bestimmung hat der Auftraggeber dem Agenten eine angemessene Entschädigung dafür zu bezahlen, dass der Agent die vereinbarten oder die nach den Umständen zu erwartenden Provisionseinnahmen nicht erhält. Der Versicherer hat m.a.W. den Agenten für das positive Vertragsinteresse zu entschädigen. (125) Art. 418m Abs. 1 OR enthält zwingendes Recht, da die Wegbedingung des Schadenersatzanspruches vom Gesetzgeber als ungültig erklärt wird.

4.3.6 Unterstützungspflicht

"Der Auftraggeber hat alles zu tun, um dem Agenten die Ausübung einer erfolgreichen Tätigkeit zu ermöglichen." (126)

So wie der Agent die Interessen des Versicherers wahren muss, (127) so hat auch der Versicherer auf die Interessen seines Agenten Rücksicht zu nehmen, dessen Interessen an

(124) Art. 324 Abs. 1 OR. Wobei der Arbeitnehmer sich anrechnen lassen muss, was er anderweitig verdient hat oder was er zu verdienen unterlassen hat. Vgl. Rehbinders, Arbeitsrecht, 63.

(125) A.M. Gautschi, Art. 418f, N. 1a, der lediglich den Ersatz des negativen Interesses als gerechtfertigt beurteilt. Es ist aber nicht einzusehen, wieso der Vermittlungsagent auf seinen Gewinn, der ja sein Einkommen darstellt, sollte verzichten müssen, wenn der Versicherer schuldhaft vertragliche Pflichten nicht erfüllt.

(126) Art. 418f Abs. 1 OR.

(127) vgl. oben Abschn. 4.2.3.

einem möglichst hohen Einkommen zu wahren. Die Interessenwahrungspflicht des Versicherers geht aber nicht soweit, dass er gestützt auf Art. 418f Abs. 1 OR schlechthin verpflichtet wäre, alle Geschäfte abzuschliessen, die der Vermittlungsagent ihm vorlegt. Es steht ihm vielmehr frei, die vermittelten Geschäfte anzunehmen oder abzulehnen, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben auch hier die Grenze der Freiheit des Versicherers bildet. (128)

Der Versicherer hat die Interessen des Agenten vor allem bei der Erfüllung der Versicherungsverträge, also bei der Erledigung der Schadenfälle zu beachten, indem er diese grosszügig, kulant und speditiv abwickelt. (129) Dadurch hilft er dem Agenten, weitere Versicherungsverträge zu "verkaufen" oder bestehende Verträge anzupassen. Muss der Versicherer die Haftung für einen Schadenfall ablehnen, so verpflichtet ihn die Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Agenten, diese Ablehnung ausführlich und für den Versicherungsnehmer verständlich zu begründen.

Führt das Gebahren des Versicherers dazu, dass der Agent daran gehindert wird, "die Provision in dem vereinbarten oder nach den Umständen zu erwartenden Umfange zu verdienen", so schuldet der Versicherer dem Agenten eine angemessene Entschädigung für den Provisionsausfall (Art. 418m Abs. 1 OR).

Im Arbeitsvertragsrecht fehlt eine zu Art. 418f Abs. 1 OR analoge Bestimmung. Trotzdem ist der Versicherer gegenüber dem Vermittlungsagenten verpflichtet, dessen Interessen in

(128) Burnand, 48; Wehrli, 63f; Meister Guido, AGV, 32f; Schärer, 76f; Zürcher, 39 und 63; a.M. ZR 20, Nr. 174; ZR 22, Nr. 52.
(129) vgl. dazu Gautschi, Art. 418f, N. 1e.

der Weise zu wahren, wie Art. 418f Abs. 1 OR dies gebietet, vorausgesetzt, der Vermittlungsagent bezieht einen Teil seines Lohnes in Form einer erfolgsbedingten Provision, was in der Praxis durchwegs der Fall ist. Verletzt er diese Interessenwahrungspflicht, so stellt dies ein Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR dar: Der Versicherer wird zur Entrichtung der zu erwartenden Provision verpflichtet.

4.4 Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten

Die im Arbeitsvertragsrecht (Art. 348b OR) und im Agenturvertragsrecht (Art. 418e OR) enthaltenen Vollmachtsbestimmungen sind auf den Vermittlungsagenten im Versicherungsgewerbe nicht anwendbar. (130) Die Vollmacht des Versicherungsagenten wird ausschliesslich durch Art. 34 Abs. 1 VVG bestimmt. (131)

4.5 Beendigung des Rechtsverhältnisses

4.5.1 Durch Zeitablauf

Der Abschluss eines Vertrages auf bestimmte Zeit (z.B. auf ein Jahr), ist sowohl für den Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag (Art. 335 OR) als auch für den Agenturvertrag (Art. 418p OR) zulässig. Wenn nicht im Vertrag zwischen den Parteien eine besondere Kündigung verlangt ist, so wird das Vertragsverhältnis durch Ablauf der vereinbarten Zeit oder durch den Eintritt des vereinbarten Termins beendet. (132)

Das Gesetz überlässt es aber in beiden erwähnten Bestimmungen den Parteien, die Beendigung des auf bestimmte Zeit

(130) Art. 348b Abs. 3 bzw. Art. 418e Abs. 3 OR.

(131) Auf den Umfang der Vollmacht wird hinten in Kap. V, Abschn. 1 ausführlich eingetreten.

(132) Art. 335 Abs. 1 OR; Art. 418p Abs. 1 OR.

abgeschlossenen Vertrages von einer rechtsgültigen Kündigung durch eine Partei abhängig zu machen. (133) Unterbleibt diese Kündigung, so sind die sich aus diesem Umstand ergebenden Rechtsfolgen verschieden:

Das bisher befristete Arbeitsverhältnis gilt bei Unterlassung der vereinbarten Kündigung als auf unbestimmte Zeit verlängert (Art. 335 Abs. 3 OR), d.h. es gelten nunmehr die Kündigungsbestimmungen für Verträge, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurden. (134)

Ein befristeter Agenturvertrag gilt dagegen bei Unterlassung der vereinbarten Kündigung als erneuert, d.h. er gilt als für die gleiche Vertragsdauer neu abgeschlossen (135) und kann folglich erst wieder auf den neuen Ablauftermin gekündigt werden. Schwierigkeiten können sich daraus ergeben, dass ein Agenturvertrag bis zu einem bestimmten Datum gelten soll, wobei eine schriftliche Kündigung und eine bestimmte Kündigungsfrist vereinbart werden. Hier stellt sich die Frage, ob nun der Vertrag als für die gleiche zeitliche Dauer oder als bis zum gleichen Endtermin des nächsten Jahres als erneuert gelten soll. Da die Parteien beim Abschluss des Vertrages offenbar dem fixen Endtermin grössere Bedeutung beimessen, als der dadurch vereinbarten effektiven Vertragsdauer, ist davon auszugehen, dass in diesem Falle die Vertragserneuerung bis zum identischen Endtermin des folgenden Jahres erfolgt. (136)

(133) Schweingruber, Art. 335, N. 5; Gautschi, Art. 418p. N. 2c.

(134) Art. 336ff OR; vgl. nachfolgend Abschn. 4.5.2.

(135) Art. 418p Abs. 3 OR.

(136) Gl. M. Gautschi, Art. 418p, N. 4c.

Diese unterschiedliche Rechtsfolge für den Arbeitsvertrag einerseits und den Agenturvertrag andererseits hat sich erst durch die Revision des Arbeitsvertragsrechtes ergeben. Art. 418p OR war den entsprechenden Bestimmungen des früheren Dienstvertragsrechtes (Art. 345 und 346 aOR) praktisch wörtlich nachgebildet worden. Es entsprach offenbar der Meinung des Gesetzgebers, dass für die Beendigung des auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Agenturvertrages dieselben Folgen eintreten sollen, wie für den damaligen Dienstvertrag. (137) Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber keine unterschiedliche Regelung für diese beiden Vertragsverhältnisse wollte, wie dies nun durch die offenbar unvollständige Revision des Arbeitsvertragsrechtes trotzdem erreicht worden ist. Dieses Beispiel illustriert die Problematik von Partialrevisionen in unsern Gesetzbüchern.

Auch für den Fall, dass ein befristetes Vertragsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, hat der Gesetzgeber vorgesorgt, wobei sich auch hier unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben, die ebenfalls aus der erwähnten Revision des Arbeitsvertragsrechtes resultieren:

Das stillschweigend fortgesetzte Arbeitsverhältnis gilt als auf unbestimmte Zeit verlängert (Art. 335 Abs. 2 OR).

Beim Agenturvertrag ist die Fassung von Art. 346 Abs. 1 aOR erhalten geblieben, wonach das stillschweigend fortgesetzte Vertragsverhältnis "als für die gleiche Zeit" erneuert gilt,

(137) In der Botschaft zum Agenturvertrag, S. 683, wird zu Art. 418o des Entwurfes (=Art. 418p des geltenden OR) lediglich ausgeführt: "Die Beendigung des Vertrages durch Zeitablauf ist analog dem Dienstvertrag geregelt."

allerdings mit der wesentlichen Einschränkung, dass das erneuerte Vertragsverhältnis maximal für ein weiteres Jahr gelten kann (Art. 418p Abs. 2 OR).

Vor Ablauf der vereinbarten Zeit können weder Arbeits- noch Agenturvertragsverhältnis regulär gekündigt werden. Den Parteien steht aber die Beendigung durch gegenseitigen Aufhebungsvertrag offen. (138)

Eine Ausnahme besteht für Verträge, die für die Dauer von mehr als zehn Jahren abgeschlossen wurden: In Anlehnung an Art. 336d OR (=Art. 351 aOR) kann auch ein auf mehr als zehn Jahre abgeschlossener Agenturvertrag nach Ablauf von zehn Jahren jederzeit gekündigt werden, wobei auch hier eine Kündigungsfrist von sechs Monaten einzuhalten ist. (139) Für die Kündbarkeit eines langfristig abgeschlossenen Vertrages durch den Versicherer spricht das in Art. 418q Abs. 3 OR enthaltene Gebot der Gleichheit der Kündigungsfristen.

4.5.2 Durch Kündigung

Sowohl der Arbeits- (140) als auch der Agenturvertrag (141) können auf unbestimmte Dauer abgeschlossen werden und sind unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist durch jede Vertragspartei kündbar.

Dabei gilt für beide Parteien der Grundsatz der Gleichheit der Kündigungsfristen. (142) Mit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes sind die Folgen einer ungleichen Kündigungs-

(138) Müller Peter, 23.

(139) Botschaft AGV, 682; Gautschi, Art. 418p, N. 4d; Burnand, 64; a.M. Dürr, 191, der für die Unkündbarkeit auch von langfristig abgeschlossenen Verträgen eintritt.

(140) Art. 336 Abs. 1 OR.

(141) Art. 418q Abs. 1 OR.

(142) Für den Arbeitsvertrag: Art. 336 Abs. 2 OR; vgl. Schweingruber, Art. 336, N. 4; für den Agenturvertrag: Art. 418q Abs. 3 OR; Gautschi, Art. 418q. N. 1a.

frist dahingehend präzisiert worden, dass diesfalls für beide Parteien die längere der beiden verabredeten Kündigungsfristen gelten solle. (143)

Zu beachten ist, dass die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die dem Empfänger vor Beginn der Kündigungsfrist zugehen muss.

Die Kündigungsvorschriften sind für die beiden zur Diskussion stehenden Vertragsarten verschieden ausgestaltet, wobei aber der Gesetzgeber für beide Vertragsarten bei Verträgen, die mehr als ein Jahr gedauert haben, längere Kündigungsfristen vorsieht. (144)

a) Arbeits- und Handelsreisendenvertrag

Das Arbeitsverhältnis, das weniger als ein Jahr gedauert hat, kann - andere Vertragsabreden vorbehalten - jeweils auf Ende des auf die Kündigung folgenden Monats gekündigt werden. (145) Vorbehalten bleibt weiter der spezielle Kündigungsschutz im Handelsreisendenvertrag. (146) Da Art. 336a Abs. 1 OR kein zwingendes Recht enthält, können die Parteien jede beliebige, also auch eine beliebig kurze Kündigungsfrist vereinbaren, wobei diese Vereinbarung formlos gültig ist. (147)

(143) Der Gesetzgeber hat sich dabei an die vom Bundesgericht geübte Praxis (vgl. BGE 92 II 182) zum lückenhaften Art. 347 Abs. 3 aOR gehalten (Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 374), was nicht unbedenklich ist (vgl. die bei Schweingruber, Art. 336, N. 4 und 5 genannten Beispiele).

(144) Art. 336b OR für das Arbeitsvertragsrecht; Art. 418q Abs. 2 OR für das Agenturvertragsrecht.

(145) Art. 336a Abs. 1 OR.

(146) Art. 350 OR; vgl. unten Abschn. 6.8.

(147) Schweingruber, Art. 336a, N. 2.

Beim überjährigen Arbeitsverhältnis kann dieses im zweiten bis und mit vollendeten neunten Dienstjahr unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten und nachher mit einer solchen von drei Monaten jeweils auf das Ende eines Monats gekündigt werden, (148) wobei diese Fristen durch schriftlichen Vertrag, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert, aber nicht unter einen Monat herabgesetzt werden können. (149) Die gesetzliche Mindestkündigungsfrist von einem Monat ist absolut zwingend ausgestaltet. (150)

b) Beim Agenturvertrag

Im ersten Vertragsjahr kann der Agenturvertrag jeweils "auf das Ende des der Kündigung folgenden Kalendermonats gekündigt werden," (151) was besagen will, dass eine einmonatige Kündigungsfrist einzuhalten ist. (152) Durch schriftliche Abrede können die Parteien eine kürzere Kündigungsfrist vereinbaren. (153) Der Agent wird damit besser geschützt als der Arbeitnehmer, bei dem die gleiche Abrede formlos gültig ist. (154) Eine Kündigungsfrist von mehr als einem Monat kann für das unterjährige Agenturverhältnis aber formlos vereinbart werden. (155)

Hat das Agenturverhältnis mindestens ein Jahr bestanden, "kann es mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten auf das Ende eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. Es kann jedoch eine längere Kündigungsfrist oder ein anderer Endtermin vereinbart werden." (156) Die Abrede einer kürzeren

(148) Art. 336b Abs. 1 OR.

(149) Art. 336b Abs. 2 OR.

(150) Art. 361 OR.

(151) Art. 418q Abs. 1 OR.

(152) Gautschi, Art. 418q, N. 2b.

(153) Art. 418q Abs. 1 OR letzter Satz.

(154) Gautschi, Art. 418q, N. 2c; vgl. vorangehend lit.a.

(155) Botschaft AGV, 683.

(156) Art. 418q Abs. 2 OR.

Kündigungsfrist ist folglich für das überjährige Agenturverhältnis unzulässig, (157) die Abrede einer längeren Kündigungsfrist oder eines anderen Endtermins dagegen formlos gültig. (158) Auch beim überjährigen Vertragsverhältnis ist somit der Agent besser geschützt als der Arbeitnehmer.

4.5.3 Durch den Tod einer Vertragspartei

Da sowohl für den Arbeitsvertrag als auch für den Agenturvertrag festgestellt wurde, dass der Vermittlungsagent die vertraglich vereinbarte Leistung persönlich zu erbringen habe, (159) erscheint es logisch, dass das Rechtsverhältnis mit dem Tod des Vermittlungsagenten beendet wird. (160) Den Erben des Vermittlungsagenten erwachsen somit keinerlei Schadenersatzpflichten für die ausserterminliche, fristlose Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den Tod des Vermittlungsagenten.

Besteht das Agenturverhältnis zwischen einer Versicherungsgesellschaft und einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft, so ist die Löschung der Agentur-Gesellschaft im Handelsregister dem Tod des Agenten gleichzustellen. (161) In diesem Falle stehen dem Versicherer aber die Ansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages zu (Art. 97ff OR), da nicht einzusehen wäre, wieso eine Personengesellschaft oder eine juristische Person sich ihren Vertragspflichten einfach dadurch entziehen könnte, dass sie im Handelsregister gelöscht wird. Das berechtigte Interesse des Versicherers auf Ersatz des entstandenen Schadens ist deshalb unbedingt zu schützen.

(157) Botschaft AGV, 683; Gautschi, Art. 418q, N. 2c.

(158) Botschaft AGV, 683; Gautschi, Art. 418q, N. 2c.

(159) vgl. oben Abschn. 4.2.1.

(160) Arbeitsvertrag: Art. 338 Abs. 1 OR; Agenturvertrag: Art. 418s Abs. 1 OR.

(161) Gautschi, Art. 418s, N. 2a.

Im Agenturvertragsrecht wird der Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Agenten ebenfalls als automatischer Kündigungsgrund genannt, währenddem im Arbeitsvertragsrecht eine analoge Bestimmung fehlt. (162)

Zu beachten ist, dass der Versicherer gegenüber dem Vermittlungsagenten, den er unter Arbeitsvertrag bzw. Handelsreisendenvertrag beschäftigt hat, verpflichtet ist, den Lohn während eines weiteren Monats seit dem Todestag zu bezahlen, falls der Vermittlungsagent einen Ehegatten, Kinder oder andere Personen hinterlässt, denen gegenüber er unterstützungspflichtig war. Bei Arbeitsverhältnissen die länger als fünf Jahre gedauert haben, hat der Versicherer den Lohn für weitere zwei Monate seit dem Todestag zu entrichten. (163) Eine ähnliche Schutzbestimmung zugunsten der Angehörigen eines unter Agenturvertrag stehenden Vermittlungsagenten fehlt.

Da aus Art. 2 Ziff. 1 und 3 VAG durch Auslegung zu entnehmen ist, dass das Versicherungsgewerbe in der Schweiz nur juristischen Personen zugänglich ist, spielen die Vorschriften über den Tod des Arbeit- bzw. Auftraggebers (164) hier keine Rolle. Dem Tod des Arbeit- bzw. Auftraggebers ist aber die Löschung der Versicherungsgesellschaft im Handelsregister gleichzustellen. (165) Aus den obenangeführten Gründen ist dem Vermittlungsagent diesfalls der Schaden zu ersetzen, den er durch diese vorzeitige Beendigung des Rechtsverhält-

(162) Was wohl damit zusammenhängt, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Handlungsunfähigkeit als Folge einer Krankheit oder eines Unfalls eintritt, und dem Arbeitnehmer allenfalls ein Kündigungsschutz zusteht (Art. 336e Abs. 1 lit. b OR).

(163) Art. 338 Abs. 2 OR.

(164) Art. 338a OR; Art. 418s Abs. 2 OR.

(165) Gautschi, Art. 418s, N. 2a.

nisses mit dem Versicherer erfährt. Das Arbeitsvertragsrecht sieht diese Rechtsfolge in Art. 338a Abs. 2 OR ausdrücklich vor, wobei es sich um eine relativ zwingende Norm handelt. (166)

4.5.4 Durch den Konkurs einer Vertragspartei

Der Konkurs des Vermittlungsagenten beendet weder im Arbeitsvertrags- (167) noch im Agenturvertragsrecht (168) das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent. Da der Versicherer aber auf den goodwill des Vermittlungsagenten beim Publikum angewiesen ist, wird der Konkurs des Vermittlungsagenten in den meisten Fällen einen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses im Sinne von Art. 337 bzw. 418r OR darstellen. (169)

Ist ein im Sinne von Art. 418a ff OR tätiger Vermittlungsagent im Handelsregister eingetragen, so bedarf er allerdings zur Fortsetzung seiner Tätigkeit für den Versicherer nach der Konkurseröffnung der Zustimmung der Gläubigerversammlung. (170)

Der Konkurs des Versicherers gilt im Agenturvertragsrecht ex lege als automatischer Beendigungsgrund. (171) Im Arbeitsvertragsrecht bildet die Konkurseröffnung über den Versicherer nach anerkannter Lehre und Praxis keinen automatischen Beendigungsgrund. (172) Dagegen wird die Konkurs-

(166) Art. 362 OR.

(167) Schweingruber, Art. 337a, N. 6. Zu denken ist hier an eine Insolvenzerklärung des Vermittlungsagenten gemäss Art. 191 SchKG, die auch vom Schuldner abgegeben werden kann, der nicht im Handelsregister eingetragen ist (Fritzsche, Bd. II, 32).

(168) Gautschi, Art. 418s, N. 2b.

(169) Schweingruber, Art. 337a, N. 6; Gautschi, Art. 418a, N. 2b; Botschaft AGV, 682; Burnand, 66; Wehrli, 88.

(170) Art. 238 Abs. 1 SchKG.

(171) Art. 418s Abs. 1 OR; vgl. Gautschi, Art. 418s, N. 3.

(172) Schweingruber, Art. 324, N. 9a; Rehbindner, Arbeitsrecht, 95.

verwaltung zumeist eine vorsorgliche Kündigung auf den nächstmöglichen Termin aussprechen, da bis zur Durchführung der ersten Gläubigerversammlung, die über die Weiterführung des Betriebes zu beschliessen hat, erfahrungsgemäss mehrere Wochen verstreichen. (173)

Der Vermittlungsagent als Arbeitnehmer wird durch diese Praxis rechtlich erheblich besser gestellt, als der im Agenturverhältnis tätige Agent. Seine Lohnforderungen für die Zeit der Kündigungsfrist werden zu Masseschulden, die vorab zu decken sind. (174) Durch diese Auslegung des Arbeitsvertragsrechtes erwachsen insbesondere denjenigen Arbeitnehmern wesentliche Vorteile, denen gegenüber lange Kündigungsfristen einzuhalten sind.

Schliesst die Konkursverwaltung den Betrieb vorsorglicherweise und beschliesst die Gläubigerversammlung, den Betrieb nicht weiterzuführen, was beim Konkurs über einen Versicherer immer der Fall sein dürfte, kann der Vermittlungsagent seine vertragliche Tätigkeit während der Kündigungsfrist nicht mehr ausüben. Es liegt ein Annahmeverzug des Versicherers vor, welcher die Konkursmasse gestützt auf Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet. Der Vermittlungsagent muss sich allerdings alles auf seinen Lohn anrechnen lassen, "was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart (175) oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat" (Art. 324 Abs. 2 OR).

(173) Art. 238 Abs. 1 SchKG.

(174) Art. 262 Abs. 1 SchKG.

(175) Hier ist insbesondere an alle Auslagen zu denken, soweit es sich um variable Kosten handelt.

Der Vermittlungsagent nach Art. 418a ff OR, der durch die fristlose Auflösung des Agenturvertrages infolge Konkurs-eröffnung über den Versicherer einen Einkommensausfall erleidet, ist dagegen auf die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches gestützt auf Art. 418m Abs. 1 OR angewiesen; dabei trifft ihn ebenfalls eine Schadenminderungspflicht. (176) Die bedeutende Schlechterstellung des Agenten besteht darin, dass seine Schadenersatzforderung nicht eine Masseschuld ist, sondern eine Forderung gegen den Konkursiten, für die er lediglich ein Konkursprivileg dritter Klasse hat. (177)

Der Vermittlungsagent als Arbeitnehmer kann vom zahlungsunfähigen Versicherer bzw. nach der Konkursöffnung über den Versicherer auch von der Konkursverwaltung die Sicherstellung seiner Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (178) verlangen. (179) Wird diese Sicherstellung nicht innert angemessener Frist geleistet, so kann der Vermittlungsagent das Vertragsverhältnis fristlos auflösen. (180) Dieses Vorgehen hat für den Vermittlungsagenten allerdings den wesentlichen Nachteil, dass er nun zur Geltendmachung seines Lohn- und Auslagenersatzausfalles (181) ausschliesslich auf seinen Schadenersatzanspruch aus Art. 337b Abs. 1 OR angewiesen ist. Erfolgt die fristlose Kündigung vor der Konkursöffnung, so ist der Betrag des entstandenen Schadens nicht als Masseschuld zu behandeln, d.h. der Vermittlungsagent geniesst für

(176) Der Grundsatz von Art. 44 Abs. 1 OR gilt allgemein. In der Begrenzung des Anspruches auf eine "angemessene Entschädigung" dürfte dieser Grundsatz vom Richter bereits zu berücksichtigen sein.

(177) Art. 219 Abs. 4 SchKG.

(178) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 388: Als solche Forderungen gelten der Lohn, der Auslagenersatz und die Abgangsentschädigung (Art. 339b OR).

(179) Art. 337a OR.

(180) Art. 337a OR.

(181) Allerdings nur der fixen Kosten wie z.B. Abschreibung auf dem für den Arbeitgeber verwendeten Fahrzeug.

seine Forderung zwar das Konkursprivileg erster Klasse, (182) er kann aber keine Vorabbefriedigung gestützt auf Art. 262 SchKG verlangen. Nach der Konkurseröffnung ist die Konkursverwaltung als Vertreterin der Konkursmasse zur Sicherstellung verpflichtet. Verweigert sie die Sicherstellung, und löst der Vermittlungsagent das Arbeitsverhältnis deswegen fristlos auf, so entsteht ein Schaden, den die Konkursmasse gestützt auf Art. 211 Abs. 2 SchKG zu vertreten hat. In diesem Falle gilt die Schadenersatzforderung des Vermittlungsagenten als Masseschuld, die gemäss Art. 262 Abs. 1 SchKG vorab zu befriedigen ist.

Gegenüber dem Versicherer, dessen Zahlungsunfähigkeit erst angeschlagen ist, (183) steht auch dem im Agenturvertragsverhältnis stehenden Vermittlungsagenten ein Sicherstellungsanspruch zu, da Art. 418r Abs. 2 OR die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes über die fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses als entsprechend anwendbar erklärt. Art. 337a OR, der den Sicherstellungsanspruch festlegt, steht unter dem Titel: "IV. Fristlose Auflösung" und ist somit auch auf den Agenturvertrag anwendbar.

4.5.5 Fristlose Auflösung aus wichtigem Grund

Sowohl das Arbeits- als auch das Agenturvertragsverhältnis können aus wichtigen Gründen jederzeit aufgelöst werden. (184) Die beiden massgebenden Gesetzesbestimmungen für den Arbeits- und den Agenturvertrag sind identisch formuliert.

(182) Art. 219 Abs. 4 SchKG.

(183) Indem z.B. das Konkursbegehren gestellt ist oder ein Nachlassvertrag bewilligt wurde.

(184) Art. 337 Abs. 1 OR für den Arbeitsvertrag; Art. 418r Abs. 1 OR für den Agenturvertrag.

In Art. 418r Abs. 2 OR erklärt der Gesetzgeber die Bestimmungen über die sofortige Auflösung des Arbeitsvertrages als für den Agenturvertrag entsprechend anwendbar. (185)
Der Agent untersteht damit der gleichen Regelung wie der Arbeitnehmer. (186)

Die ausserordentliche Kündigung kommt faktisch einer Nichteinhaltung des Vertrages durch die kündigende Partei gleich, womit sie eigentlich dem Rechtsgrundsatz "pacta sunt servanda" widerspricht. Sie darf deshalb nur ausgesprochen werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. (187)

a) Voraussetzungen

Eine fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses erfolgt nur dann rechtmässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der "die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar" erscheinen lässt. (188)

Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, entscheidet der Richter nach freiem Ermessen, das allerdings dahingehend eingeschränkt wird, dass die Anerkennung der unverschuldeten Verhinderung des Vermittlungsagenten an der Arbeitsleistung als wichtiger Grund untersagt ist (Art. 337 Abs. 3 OR).

(185) Im Anschluss an die Revision des Arbeitsvertragsrechtes hat es der Gesetzgeber unterlassen, Art. 418r Abs. 2 OR formell anzupassen. In dieser Bestimmung hat sich der Ausdruck "Dienstvertrag" deshalb gehalten, was aber rechtlich unbedeutend ist.

(186) Burnand, 65; BGE 89 II 33.

(187) Müller Peter, 31.

(188) Art. 337 Abs. 2 OR; Rehbinder, Arbeitsrecht, 103; Praxis 60, Nr. 210, S. 675 (=BGE 97 II 142ff).

Art. 337 OR enthält somit eine Generalklausel, die nur die Rechtsfolgen eindeutig festlegt, die Bestimmung des Sachverhaltes aber dem Ermessen des Richters überlässt. (189)

Auch die ausserordentliche Kündigung ist eine empfangsbedürftige Erklärung, (190) die dem Vertragskontrahenten zum Ausdruck bringen muss, dass der Kündigende das Vertragsverhältnis fristlos beenden will. (191) Sie wirkt ausschliesslich für die Zukunft, stellt also eine Vertragsauflösung ex nunc dar. (192) Dabei wird in der Praxis - wohl aus sozialen Erwägungen - aber zugelassen, dass die Kündigung zwar sofort erklärt wird, der Entlassungstag im Einvernehmen mit der Gegenpartei aber um einige Tage hinausgeschoben wird. (193)

Auf das Recht zur ausserordentlichen Kündigung kann im voraus nicht rechtswirksam verzichtet werden, (194) da sowohl Art. 337 Abs. 1 und 2 OR (195) als auch Art. 418r Abs. 1 OR zwingendes Recht enthalten. (196) Im Agenturvertragsrecht dürfen die Bestimmungen über die fristlose Auflösung des Vertrages aus wichtigen Gründen auch nicht zum Nachteil des nebenamtlich tätigen Agenten wegbedungen werden. (197) Der

(189) Müller Peter, 54; Schweingruber, Art. 337, N. 7.

(190) Schweingruber, Art. 337, N. 2.

(191) Müller Peter, 32.

(192) Botschaft AGV, 683; Gautschi, Art. 418r, N. 1b; Müller Peter, 53.

(193) BGE 66 II 142; 69 II 311; 93 II 18; Rehbinder, Arbeitsrecht, 104; gl. M. aber mit Vorbehalt: Schweingruber, Art. 337, N. 9.

(194) Schweingruber, Art. 337, N. 3; Rehbinder, Arbeitsrecht, 104; Vischer, Arbeitsvertrag, 419; Gautschi, Art. 418r, N. 1a; Müller Peter, 31.

(195) Art. 361 OR.

(196) Botschaft AGV, 683.

(197) Art. 418a Abs. 2 OR.

berechtigten Partei steht es aber frei, nach Eintritt des wichtigen Grundes auf ihr Kündigungsrecht ausdrücklich zu verzichten. (198)

Das Recht, die fristlose Vertragsauflösung geltend zu machen, besteht auch mit Bezug auf Vertragsverhältnisse, die bereits ordentlich gekündigt sind. (199)

b) Gründe

Wie bereits festgestellt, enthält Art. 337 Abs. 1 und 2 OR nur eine Generalklausel, die die Rechtsfolgen festlegt. Die Bestimmung der Tatbestände, die als wichtige Gründe gelten können, ist im Einzelfall dem freien richterlichen Ermessen überlassen. Der Richter wird dabei auf die vereinbarte ordentliche Kündigungsfrist oder auf die Dauer des Vertrages angemessen Rücksicht nehmen müssen, (200) wobei als allgemeiner Grundsatz festzuhalten ist, dass je kürzer die ordentliche Kündigungsfrist oder die Restvertragsdauer sind, desto höhere Anforderungen an das Gewicht des geltendgemachten Grundes zu stellen sind.

Da Art. 337 Abs. 1 und 2 OR absolut zwingendes Recht enthalten, können die wichtigen Gründe nicht im voraus festgelegt werden, (201) weshalb auch eine klare Definition derjenigen Tatbestände ausgeschlossen ist, die als wichtige

(198) Rehbindner, Arbeitsrecht, 104; BGE 99 II 309 E. 5.

(199) Müller Peter, 36.

(200) Schweingruber, Art. 337, N. 8.

(201) Spoendlin, 152; Rehbindner, Arbeitsrecht, 104; Schweingruber, Art. 337, N. 7, der allerdings die Abrede zulassen will, wonach bestimmte Tatbestände nicht als wichtiger Grund gelten sollen. Diese Ansicht steht aber im Widerspruch zum absolut zwingenden Charakter von Art. 337 Abs. 1 und 2 OR und ist deshalb abzulehnen.

Gründe gelten. (202) Als wichtiger Grund kann jeder Sachverhalt gelten, dessen Realisierung im konkreten Fall geeignet ist, die für das Vertragsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist.

Die nachfolgende Aufzählung von wichtigen Gründen kann daher nur illustrativen Charakter haben:

aa) Wichtige Gründe des Versicherers

- strafbare Handlungen des Vermittlungsagenten zum Nachteil des Versicherers oder von Kunden (203)
- Missbrauch des Vertrauens (204)
- Missachtung der Tätigkeitspflicht durch den Vermittlungsagenten (205)
- grobe Missachtung der Weisungen des Versicherers (206)
- Konkurrenzierung des Versicherers (207)
- Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (208)
- wiederholte Verletzung der Berichterstattungspflicht (209)
- ungenügende Leistungen, wenn die Unfähigkeit und die mangelnde Initiative des Vermittlungsagenten dazu führen, dass er nicht einmal die erwarteten Minimal-

(202) Müller Peter, 42; BGE 104 II 29f, E. 1.

(203) Schläpfer, 77; Meyer Beat, 129; Schweingruber, Art. 337, N. 10; Rehbinden, Arbeitsrecht, 103.

(204) Raaflaub, 25; BGE 104 II 29f E. 1; Schweingruber, Art. 337, N. 10; Rehbinden, Arbeitsrecht, 103.

(205) Wehrli, 56; Langmack, 47f; Schärer, 66; Schläpfer, 92; Meyer Beat, 129; Schweingruber, Art. 337, N. 10; Rehbinden, Arbeitsrecht, 103.

(206) Meyer Beat, 34; Müller Peter, 75; Schweingruber, Art. 337, N. 10; ZR 61, Nr. 68.

(207) Schläpfer, 77; Meyer Beat, 129; Müller Peter, 77; Schweingruber, Art. 337, N. 10.

(208) ZR 59, Nr. 36; Meyer Beat, 129.

(209) Schläpfer, 77; Meyer Beat, 129.

- anforderungen erfüllt und eine zukünftige Verbesserung unwahrscheinlich ist (210)
- Uebermittlung von wissentlich falschen Angaben oder Verschweigung wesentlicher Tatsachen über das zu versichernde Risiko (211)
 - Tötlichkeiten und Beschimpfungen gegenüber dem Versicherer oder gegenüber Angestellten des Versicherers (212)
 - leichte Verfehlungen (wie unentschuldigtes Wegbleiben, verspäteter Arbeitsantritt) können dann zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses Anlass geben, wenn der Vermittlungsagent sie trotz deutlicher Warnung durch den Versicherer wiederholt (213)

bb) Wichtige Gründe des Vermittlungsagenten

- Verweigerung der Zahlung des Entgeltes oder beharrlich unpünktliche Zahlung des Entgelts (214)
 - Zahlungsunfähigkeit des Versicherers (215)
 - einseitige, unvorteilhafte Abänderung des Reisegebietes des Vermittlungsagenten (216)
 - Beschimpfungen oder Tötlichkeiten gegenüber dem Vermittlungsagenten (217)
-

- (210) Praxis 60, Nr. 210, E. 2 (=BGE 97 II 142ff); a.M. (ohne Präzisierung): Schweingruber, Art. 337, N. 10; Rehbinder, Arbeitsrecht, 103.
- (211) Dubois, 23; Wehrli, 85.
- (212) Schweingruber, Art. 337, N. 10.
- (213) SJZ 76 (1980) 264 (=Leitsätze des Arbeitsgerichtes Zürich); Schweingruber, Art. 337, N. 10; Rehbinder, Arbeitsrecht, 103.
- (214) SJZ 76 (1980), Nr. 33 (=Entscheid des Cour civile Fribourg); Schläpfer, 77; Schweingruber, Art. 337, N. 10; Rehbinder, Arbeitsrecht, 103.
- (215) Meyer Beat, 129; BGE 92 II 31; Rehbinder, Arbeitsrecht, 103; vgl. oben Abschn. 4.5.4.
- (216) Schläpfer, 77; Meyer Beat, 129.
- (217) BGE 76 II 227; Schläpfer, 77; Schweingruber, Art. 337, N. 10; Rehbinder, Arbeitsrecht, 103.

- bewusst falsche Provisionsabrechnung zum Nachteil des Vermittlungsagenten (218)

c) Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung

Der zur ausserordentlichen Kündigung Berechtigte hat die Kündigung sofort nach Eintritt des Kündigungsgrundes auszusprechen, wobei ihm aber eine kurze Ueberlegungsfrist zuzugestehen ist. (219) Zögert er mit der Kündigungserklärung, so verwirkt er seinen ausserordentlichen Kündigungsanspruch, weil diesfalls anzunehmen ist, es sei dem Berechtigten die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten. (220)

Die ausserordentliche Kündigung kann aber erst rechtswirksam ausgesprochen werden, wenn der wichtige Grund sich realisiert hat. (221) Eine präventive fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses ist somit unmöglich.

Zu beachten ist, dass der Kündigende nicht verpflichtet ist, seine Kündigungsgründe bekanntzugeben. (222)

d) Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung

Mit Bezug auf die Rechtsfolgen einer fristlosen Kündigung ist zu unterscheiden, ob die Kündigung zurecht erfolgt ist oder nicht.

(218) Rehbindner, Arbeitsrecht, 103.

(219) Müller Peter, 60f und 64; Wehrli, 88; Rehbindner, Arbeitsrecht, 103, der eine Ueberlegungsfrist von höchstens zwei Wochen zugesteht; Schweingruber, Art. 337, N. 9.

(220) BGE 66 II 142; 69 II 311; 93 II 18; Müller Peter, 60f; Rehbindner, Arbeitsrecht, 103; Schweingruber, Art. 337, N. 9.

(221) Rehbindner, Arbeitsrecht, 103.

(222) Müller Peter, 32.

aa) Rechtmässige ausserordentliche Kündigung

In allen Fällen, in denen eine fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses zurecht aufgrund schuldhafter Vertragsverletzung der anderen Partei erfolgt, hat der Kündigende Anspruch auf Ersatz des gesamten Schadens (Art. 337b Abs. 1 OR), der ihm aus dieser Vertragsverletzung erwächst. Diese Bestimmung enthält absolut zwingendes Recht, (223) weshalb auf den Schadenersatzanspruch nicht im voraus verzichtet werden kann.

Bei der Berechnung des Schadens sind alle aus dem Vertragsverhältnis entstehenden Forderungen zu berücksichtigen, (224) aber nur soweit der Schaden erst durch die Vertragsauflösung entsteht. (225)

Der Schaden kann für den Versicherer etwa darin bestehen, dass er durch den fristlosen Ausfall des Vermittlungsagenten wesentliche Umsatz- und damit auch Ertragseinbussen erleidet oder, dass die Suche, die Ausbildung und die Einarbeitung eines neuen Vermittlungsagenten erhebliche Kosten verursacht. (226)

Für den Vermittlungsagenten wird sich der Schaden in der Regel auf das durch die fristlose Auflösung entgangene Einkommen (227) sowie auf die vom Versicherer zu ersetzenden Auslagen berechnen, soweit es sich dabei um fixe Auslagen (wie Büromiete, Abschreibungen auf dem Fahrzeug) handelt.

(223) Art. 361 OR.

(224) Art. 337b Abs. 1 OR.

(225) BGE 99 II 312 E. 7. Art. 337a Abs. 1 OR ist also auf allfällige Schäden, die vor der Vertragsauflösung eingetreten sind nicht anwendbar. Für diese Schäden gilt Art. 321e OR bzw. Art. 97ff OR.

(226) Wehrli, 98f; Burnand, 65; Hangartner, Diplomarbeit, 44.

(227) Burnand, 65.

Der Richter wird aber aus Billigkeit zu berücksichtigen haben, dass gewisse Kosten auch dann entstehen (z.B. Suche und Einarbeitung eines neuen Agenten, Suche einer neuen Tätigkeit), wenn eine ordentliche Kündigung erfolgt, weshalb der Kündigende dafür keinen Ersatzanspruch hat. (228)

Mit Bezug auf den Schadenersatzanspruch des Vermittlungsagenten stellt sich überdies die Frage, ob er im Falle der gerechtfertigten fristlosen Auflösung des Vertrages ebenfalls zur Schadenminderung im Sinne von Art. 324 Abs. 2 OR verpflichtet sei. Da einerseits im ersten Absatz dieser Bestimmung vorausgesetzt wird, dass der Vermittlungsagent seine Arbeit infolge Verschuldens des Versicherers nicht leisten könne, stellt die fristlose Vertragsauflösung durch den Agenten einen Anwendungsfall von Art. 324 Abs. 1 dar, weil das Verschulden des Versicherers Voraussetzung für die fristlose Auflösung ist. Deswegen besteht die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 324 Abs. 2 OR für den Vermittlungsagenten auch im Falle der gerechtfertigten fristlosen Auflösung. Andererseits ist die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 44 OR als allgemeiner Rechtsgrundsatz zu betrachten, der für das gesamte vertragliche (229) und ausservertragliche Schadenersatzrecht gilt. Auch aus diesem Grunde ist Art. 324 Abs. 2 OR, der Art. 44 OR als *lex specialis* vorgeht, auch im Falle der gerechtfertigten fristlosen Vertragsauflösung zu beachten. Der Vermittlungsagent hat sich folglich auf seinen Schadenersatzanspruch alles anrechnen zu lassen, "was er wegen Verhinderung an der Arbeit einspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat." (230)

(228) Schweingruber, Art. 337b, N. 2.

(229) vgl. Art. 99 Abs. 3 OR.

(230) Art. 324 Abs. 2 OR.

Für den Versicherer gilt die allgemeine Schadenminderungspflicht gemäss Art. 44 Abs. 1 OR.

Wird das Vertragsverhältnis ohne Verschulden einer Partei fristlos aufgelöst, (z.B. infolge schwerer Erkrankung des Vermittlungsagenten) (231), so bestimmt der Richter gestützt auf Art. 337b Abs. 2 OR die vermögensrechtlichen Folgen unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen. Diese Regelung muss auch dann zur Anwendung kommen, wenn beide Parteien ein Verschulden an der fristlosen Auflösung trifft. (232)

bb) Ungerechtfertigte fristlose Auflösung

Eine ungerechtfertigte fristlose Vertragsauflösung beendet das Rechtsverhältnis nur "in tatsächlicher, nicht aber in rechtlicher Hinsicht," (233) vorausgesetzt, der andere Teil habe der Kündigung überhaupt widersprochen. (234) Unterlässt er diesen Widerspruch, so wird die Kündigung wirksam, da sein Stillschweigen als Zustimmung zum contrarius actus auszulegen ist. (235)

Die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung sind für den Versicherer und den Vermittlungsagenten verschieden:

-
- (231) unter Vorbehalt von Art. 336e Abs. 1 lit. a OR (Kündigungsschutz bei unverschuldeter Krankheit).
(232) Rehbinder, Arbeitsrecht, 105.
(233) BGE 103 II 274; Rehbinder, Arbeitsrecht, 105; Spoendlin, 154, der die Rechtssprechung des Bundesgerichtes zurecht dahingehend präzisiert haben will, dass nur die Lohnzahlungspflicht sowie die Pflicht zum Ersatz der weiteren Vorteile weiterbestehen.
(234) Rehbinder, Arbeitsrecht, 105; Spoendlin, 154.
(235) Art. 1 Abs. 2 OR.

Der Versicherer hat dem Vermittlungsagenten das Entgelt für die bestimmte Restvertragszeit oder für die Zeitdauer der ordentlichen Kündigungsfrist zu bezahlen, sowie für die übrigen vermögensrechtlichen Vorteile des Vertrages (Gratifikation, Abgangsentschädigung, etc.) Ersatz zu leisten. (236) Die Geltendmachung weiterer Schadenersatzansprüche bleibt zudem vorbehalten. (237) Auch die Geltendmachung eines Genugtuungsanspruches ist denkbar. (238)

Den Vermittlungsagenten trifft aber die in Art. 337c Abs. 2 OR festgelegte Schadenminderungspflicht, die mit derjenigen wegen Annahmeverzuges durch den Versicherer identisch ist. (239)

Ist der Vermittlungsagent Arbeitnehmer bzw. Handelsreisender, so kann er bei einer fristlosen Entlassung wegen Militär- oder Zivilschutzdienstes überdies den Anspruch auf eine Entschädigung gemäss Art. 336g Abs. 2 OR geltendmachen.

Falls der Vermittlungsagent seine Tätigkeit ungerechtfertigt fristlos einstellt oder die Tätigkeit überhaupt nicht aufnimmt, so hat er dem Versicherer eine gesetzlich festgelegte Entschädigung von einem Viertel eines Monatslohns (Fixum und Provision) als Entschädigung zu bezahlen, wobei der Versicherer ausserdem Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens hat. (240) Der Richter kann diese Entschädigung auf Antrag des Vermittlungsagenten nach freiem Ermessen herabsetzen, wenn der Versicherer keinen oder lediglich einen

(236) Art. 337c Abs. 1 OR.

(237) BGE 87 II 143ff; Rehbindner, Arbeitsrecht, 106.

(238) Schweingruber, Art. 337c, N. 5; BGE 76 II 108; 87 II 144.

(239) vgl. vorangehend lit. aa).

(240) Art. 337d Abs. 1 OR.

Schaden erleidet, der geringer ist, als die im Gesetz festgelegte Entschädigung. (241)

Da Art. 337d OR absolut zwingendes Recht enthält, kann die vom Gesetzgeber festgesetzte Entschädigung für den Versicherer weder durch Parteiabrede, noch durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden. (242)

Der Versicherer hat zu beachten, dass er seinen Anspruch auf Entschädigung - soweit er ihn nicht mit Lohn Guthaben verrechnen kann (243) - innert dreissig Tagen seit dem Nichtantritt oder dem Verlassen der Arbeitsstelle durch Betreibung oder Klageanhebung geltend machen muss, ansonsten der Anspruch verwirkt (Art. 337d Abs. 3 OR).

4.6. Folgen der Beendigung des Rechtsverhältnisses

4.6.1 Fälligkeit der Forderungen

Mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses werden sämtliche Forderungen beider Parteien aus diesem Vertragsverhältnis fällig. (244) Diese Bestimmung gilt auch im Falle der ungerechtfertigten fristlosen Auflösung des Vertrages durch eine Vertragspartei. (245)

(241) Art. 337d Abs. 2 OR.

(242) Schweingruber, Art. 337d, N. 1, der sich allerdings in N. 4 die Frage stellt, ob nicht zusätzlich zu Art. 337d Abs. 1 OR noch eine Konventionalstrafe verabredet werden könne, was m.E. abzulehnen ist, da diese Bestimmung insbesondere dem Schutz des Arbeitnehmers dient, auch wenn sie absolut zwingend ausgestaltet ist.

(243) Für den unter Arbeitsvertrag tätigen Vermittlungsagenten ist dabei die gesetzliche Begrenzung der Verrechenbarkeit von Lohnforderungen gemäss Art. 323 Abs. 2 OR unbeachtlich, da es sich um eine Ersatzforderung des Arbeitgebers für absichtlich zugefügten Schaden handelt.

(244) Für den Arbeitsvertrag: Art. 339 Abs. 1 OR; für den Agenturvertrag: Art. 418t Abs. 1 OR; bezüglich der Forderungen des Versicherers vgl. Gautschi, Art. 418t, N. 5a.

(245) Schweingruber, Art. 339, N. 2.

Für die Provisionsforderungen auf Geschäften, die ganz oder zum Teil erst nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses zu erfüllen sind, kann schriftlich eine spätere Fälligkeit vereinbart werden. (246)

Die im Handelsreisendenvertragsrecht enthaltene Bestimmung über die besonderen Folgen der Beendigung des Vertragsverhältnisses (Art. 350a Abs. 1 OR) steht Art. 339 Abs. 2 OR nicht entgegen, da jene Spezialbestimmung des Handelsreisendenvertrages die Entstehung des Anspruches und nicht dessen Fälligkeit regelt. (247) Die Terminologie des Gesetzgebers ist allerdings etwas verwirrend, er spricht von "auszurichten".

Zu beachten ist aber, dass Parteiabreden über eine spätere Fälligkeit der Provisionsforderungen für den Arbeits- und Handelsreisendenvertrag absolut zwingend dahingehend eingeschränkt wurden, dass für Provisionen aus Versicherungsverträgen die Fälligkeit um höchstens zwei Jahre seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinausgeschoben werden kann (Art. 339 Abs. 2 OR in fine).

Sowohl für den Arbeits- als auch für den Agenturvertrag sind die Fälligkeitsbestimmungen zwingend ausgestaltet. Für den Arbeitsvertrag ist allerdings fraglich, wieso der Gesetzge-

(246) Art. 339 Abs. 2 OR; Art. 418t Abs. 3 OR.

(247) Etwas verunsichert: Schweingruber, Art. 350a, N. 2. Es wäre aber nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber, der die diesbezüglichen Fälligkeitsbestimmung des HRAG (Art. 17 Abs. 3), die sich offenbar bewährt hat, fast wörtlich ins neue Arbeitsvertragsrecht (Art. 339 Abs. 2 OR) übernommen hat, für den Handelsreisenden eine andere Fälligkeitsvorschrift hätte einführen wollen, ohne in der Botschaft darauf hinzuweisen.

ber Art. 339 Abs. 2 OR absolut zwingend ausgestaltet hat, (248) da dem Versicherer aus dieser Bestimmung kein gesetzlicher Anspruch erwächst, den es zu schützen gälte. (249) Dass auch die Fälligkeitsbestimmung des Agenturvertragsrechtes (Art. 418t Abs. 2 und 3 OR) zwingendes Recht enthalten, ergibt sich daraus, dass gemäss Art. 418t Abs. 3 OR nur für Provisionen auf Geschäften "die ganz oder teilweise erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses zu erfüllen sind", eine spätere Fälligkeit vereinbart werden kann.

4.6.2 Rückgabepflicht

Auf den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung haben sich Versicherer und Vermittlungsagent alles herauszugeben, was sie für die Dauer des Vertrages von der Gegenpartei erhalten haben. (250)

Der Vermittlungsagent hat insbesondere die Handbücher des Versicherers, die Tarife, die Kundenverzeichnisse und wohl auch die Antragsformulare, die Versicherungsbedingungen und das Werbematerial des Versicherers herauszugeben.

Da die Aufzählung in Art. 350a OR, der die Rückgabepflicht des Handelsreisenden regelt, nur beispielhaften Charakter hat, (251) erscheint diese Vorschrift als überflüssig, da sie gegenüber der allgemeinen Vorschrift des Arbeitsvertragsrechtes (252) keine Sondertatbestände regelt. Beide

(248) Die Begründung in der Botschaft zum Arbeitsvertragsrecht, S. 394, ist jedenfalls nicht stichhaltig.

(249) Art. 339a Abs. 1 OR; Art. 350a Abs. 2 OR; Art. 418v OR.

(250) Art. 350a Abs. 2 OR; diese Aufzählung ist aber nicht abschliessend (Botschaft HRAG, 1348); Botschaft AGV, 686; Burnand, 47.

(251) Botschaft HRAG, 1348.

(252) Art. 339a OR.

Bestimmungen sind zudem absolut zwingend ausgestaltet (Art. 361 OR).

Wird beim nebenamtlich tätigen Vermittlungsagenten die Anwendung des Agenturvertragsrechtes wegbedungen, so ergibt sich seine Rückgabepflicht - anderslautende vertragliche Abreden vorbehalten - aus Art. 400 Abs. 1 OR (Auftragsrecht).

Das Retentionsrecht der Parteien bleibt sowohl im Arbeits- als auch im Agenturvertragsrecht vorbehalten. (253)

4.6.3 Retentionsrecht

Für das Retentionsrecht von Versicherer und Vermittlungsagent gelten grundsätzlich die einschlägigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, (254) wobei sowohl im Handelsreisendenvertragsrecht (255) als auch im Agenturvertragsrecht (256) zusätzliche Regelungen zu beachten sind.

Das Retentionsrecht berechtigt den Gläubiger einer fälligen Forderung, alle beweglichen Sachen und Wertpapiere, die sich mit dem Willen des Schuldners in seinem Besitz befinden und die mit der Forderung im Zusammenhang stehen, bis zur Befriedigung seiner Forderung zurückzubehalten. (257) Im Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent darf die Konnexität zwischen Forderung und Retentionsobjekt immer als gegeben betrachtet werden, da das Entgelt, der Auslagenersatz wie auch allfällige Schadenersatzforderungen

(253) Art. 339a Abs. 3 OR; Art. 350a Abs. 2 OR in fine; Art. 418v OR letzter Satz; vgl. im weiteren nachfolgend Abschn. 4.6.3.

(254) Art. 895 - 898 ZGB.

(255) Art. 349e OR.

(256) Art. 418o OR; Dubois, 23, lehnt das Retentionsrecht für den Agenturvertrag zu unrecht ab.

(257) Art. 895 Abs. 1 ZGB.

dem gleichen Rechtsverhältnis entspringen, aufgrund dessen dem Vermittlungsagenten der Besitz an den Retentionsgegenständen eingeräumt wird. (258)

Das Retentionsrecht darf aber nur an Sachen ausgeübt werden, die verwertbar sind. (259) An Fahrausweisen (260) (Abonnement), Preistarifen, Kundenverzeichnissen und anderen Unterlagen darf der Vermittlungsagent das Retentionsrecht nicht ausüben. (261) Auch ohne entsprechende gesetzliche Vorschrift dürfte das Retentionsrecht an Preistarifen, Kundenverzeichnissen und anderen Unterlagen des Versicherers nicht ausgeübt werden, da die Geheimhaltungspflicht des Vermittlungsagenten der Verwertung dieser Dokumente entgegensteht. (262)

Nach Art. 896 Abs. 2 ZGB kann das Retentionsrecht vertraglich wegbedungen werden. In diesem Punkte geht die Retentionsrechtsregelung des Handelsreisenden- und des Agenturvertragsrechtes weiter, da die speziellen Vorschriften über das Retentionsrecht dieser beiden Vertragsarten eine Wegbedingung zum Nachteil des Vermittlungsagenten zwingend untersagen. (263)

(258) Botschaft HRAG, 1345f.

(259) Art. 896 Abs. 1 ZGB; Botschaft HRAG, 1346; Botschaft AGV, 681; Wehrli, 86; Schläpfer, 73.

(260) Für den Agenturvertrag offengelassen; vgl. Botschaft AGV, 682. Falls ein Abonnement beliebig übertragbar ist, darf also im Arbeitsvertragsrecht sowie im Agenturvertragsrecht das Retentionsrecht geltend gemacht werden, nicht aber im Handelsreisendenvertragsrecht.

(261) Art. 349e Abs. 2 OR; Art. 418o Abs. 2 OR.

(262) vgl. oben Abschn. 4.2.8.

(263) Art. 349e Abs. 1 OR in Verb. mit Art. 362 OR; Art. 418o Abs. 1 OR in fine; Meyer Beat, 118f; Wehrli, 86.

Wird der Schuldner einer Forderung zahlungsunfähig, so darf der Gläubiger das Retentionsrecht auch dann ausüben, wenn seine Forderung noch nicht fällig ist. (264) Tritt die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erst nach der Uebergabe des Retentionsgegenstandes an den Gläubiger ein oder wird die Zahlungsunfähigkeit dem Gläubiger erst nach der Uebergabe bekannt, so darf er das Retentionsrecht auch dann ausüben, wenn er vertraglich darauf verzichtet hat. (265)

Erfüllt der Schuldner eine retentionsgesicherte Forderung nicht oder leistet er dafür keine Sicherheit, so kann der Gläubiger - nach vorheriger Benachrichtigung des Schuldners - die Retentionsgegenstände wie ein Faustpfand verwerten. (266) Die Verwertung erfolgt nach den allgemeinen Regeln des SchKG. (267)

Besondere Beachtung verdienen in diesem Zusammenhang die vom Vermittlungsagenten vereinnahmten Prämienzahlungen. Da es sich dabei weder um bewegliche Sachen noch um Wertpapiere handelt, kann daran grundsätzlich kein Retentionsrecht im Sinne von Art. 895ff ZGB geltend gemacht werden. Der Vermittlungsagent könnte allenfalls gestützt auf Art. 120ff OR von seinem Verrechnungsrecht Gebrauch machen, vorausgesetzt, dass seine eigenen Forderungen gegenüber dem Versicherer fällig sind, (268) und er nicht auf das Verrechnungs-

(264) Art. 897 Abs. 1 ZGB; Art. 349e Abs. 1 OR; Art. 418o Abs. 1 OR; Schweingruber, Art. 349e, N. 2; kritisch: Gautschi, Art. 418o, N. 1c, der aber Zahlungsunfähigkeit mit Konkursöffnung gleichsetzt.

(265) Art. 897 Abs. 1 ZGB.

(266) Art. 898 Abs. 1 ZGB.

(267) Art. 151ff SchKG; Meyer Beat, 118f; Wehrli, 86.

(268) Art. 120 Abs. 1 OR.

recht verzichtet hat. (269) Da das Retentionsrecht den Vermittlungsagenten aber insbesondere vor der Zahlungsunfähigkeit des Versicherers schützen soll, hilft ihm das Verrechnungsrecht wenig, da für die Zulässigkeit der Verrechnung die Fälligkeit von Forderung und Gegenforderung vorausgesetzt ist. (270) Für den Handelsreisenden und den Agenten nach Art. 418a ff OR hat der Gesetzgeber deshalb das Retentionsrecht auf die vereinnahmten Prämiengelder erweitert, (271) allerdings nur insoweit, als der Vermittlungsagent die betreffenden Prämien gestützt auf eine Inkassovollmacht eingezogen hat. Er ist folglich verpflichtet, diejenigen Gelder herauszugeben, die ihm ohne Inkassovollmacht zugegangen sind. (272)

Behält der Vermittlungsagent Prämiengelder zurück, für die die Voraussetzungen für die Ausübung des Retentionsrechtes nicht gegeben sind, und verrechnet er sie mit Gegenforderungen die erst später fällig werden, so erfüllt er u.U. den Straftatbestand der Veruntreuung. (273) Aus diesem Grund empfiehlt es sich, bei der Ausübung des Retentionsrechtes und des Verrechnungsrechtes Vorsicht walten zu lassen.

-
- (269) Art. 126 OR. Die durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass lediglich einzelne Versicherer einen Verrechnungsverzicht verlangen.
- (270) Wie Gautschi, Art. 418o, N. 1c, richtig bemerkt, werden durch die Konkurseröffnung alle Ansprüche des Agenten fällig (Art. 208 SchKG). Da die Zahlungsunfähigkeit aber nicht mit der Konkurseröffnung gleichzusetzen ist, besteht das Interesse des Vermittlungsagenten an seinem speziellen Retentionsrecht zu recht.
- (271) Art. 349e Abs. 1 OR; Art. 418o Abs. 1 OR.
- (272) Botschaft HRAG, 1346; Meyer Beat, 41; zu wenig genau: Leiss, 34.
- (273) Art. 140 StGB; Kantonsgericht Graubünden in SJZ 53, S. 360; Strafgericht Basel-Land, in SJZ 56, S. 295; Meyer Beat, 118f.

Für den nebenamtlichen Agenten kann im Agenturvertragsrecht das Retentionsrecht wegbedungen werden. (274)

4.8.4 Konkurrenzverbot

Mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses (275) leben die Pflichten des Vermittlungsagenten aus einem mit dem Versicherer vereinbarten Konkurrenzverbot auf. (276)

Die Abrede eines Konkurrenzverbotes ist sowohl im Arbeits- (277) als auch im Agenturvertragsrecht (278) zulässig. Im letzteren Fall ist überdies zu beachten, dass die Vorschriften zum Schutze des Agenten auch für den nebenamtlichen Agenten zwingend gelten. (279)

Arbeitnehmer und Agent nach Art. 418a ff OR sind bezüglich Voraussetzungen, Beschränkungen, Uebertretungen und Wegfall des Konkurrenzverbotes gleichgestellt, da Art. 418a Abs. 2 OR auf die einschlägigen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes verweist. (280)

a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes werden in Art. 340 OR umschrieben.

(274) Art. 418a Abs. 2 OR.

(275) Häfliger, 10.

(276) Die durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass alle befragten Versicherer ihren Vermittlungsagenten ein Konkurrenzverbot auferlegen.

(277) Art. 340ff OR.

(278) Art. 418d Abs. 2 OR.

(279) Art. 418a Abs. 2 OR.

(280) Dabei ist dem Gesetzgeber auch hier die Unterlassung einer formellen Anpassung des Agenturvertragsrechtes anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechtes vorzuhalten. In Art. 418d Abs. 2 OR ist weiterhin von "Dienstvertrag" die Rede, was aber ohne Einfluss auf die Anwendbarkeit der arbeitsvertraglichen Bestimmungen bleibt.

Erste Voraussetzung ist die Handlungsfähigkeit des Vermittlungsagenten (Art. 340 Abs. 1 OR). Die Handlungsfähigkeit bestimmt sich nach Art. 12ff ZGB. Demnach ist handlungsfähig, wer mündig und urteilsfähig ist. (281) Mündigkeit tritt mit vollendetem zwanzigsten Altersjahr oder mit der Heirat ein. (282) Urteilsfähig ist jede Person, die nicht wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Gründen (283) unfähig ist, vernunftgemäss zu handeln.

Zweite Voraussetzung ist, dass das Konkurrenzverbot schriftlich verabredet wird. Ob die schriftliche Abrede schon beim Vertragsabschluss oder erst später getroffen wird, ist unwesentlich. (284) Umstritten ist aber, ob das Konkurrenzverbot auch dann gelten solle, wenn das Vertragsverhältnis bereits während der Probezeit wieder aufgelöst wird. (285) Diese Frage kann im voraus nicht schlüssig geklärt werden. Da das Gesetz keine diesbezügliche Einschränkung enthält, ist davon auszugehen, dass das Konkurrenzverbot grundsätzlich auch bei einer Auflösung des Vertrages während der Probezeit gültig ist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit durch den Richter wird dieser allerdings die kurze Vertragsdauer angemessen zu berücksichtigen haben.

Der Vermittlungsagent kann sich nur zur Enthaltung einer konkurrenzierenden Tätigkeit, nicht aber auf die Enthaltung einer Aussendiensttätigkeit schlechthin verpflichten. (286)

(281) Art. 13 ZGB.

(282) Art. 14 ZGB.

(283) Zu denken ist etwa an einen Drogenrausch.

(284) Häfliger, 12.

(285) Bejahend: Rehbindler, Arbeitsrecht, 111; Meyer Beat, 28; ablehnend: Schweingruber, Art. 340, N. 12.

(286) Art. 340 Abs. 1 OR.

Dadurch wird nur die Tätigkeit für ein Unternehmen ausgeschlossen, mit dem der Versicherer in einem direkten Wettbewerbsverhältnis steht. Ein solches ist nur dann gegeben, wenn zwei Wettbewerber dem gleichen Abnehmerkreis gleichartige Leistungen anbieten, die der Befriedigung gleicher oder gleichgelagerter Bedürfnisse (287) dienen. (288) Ein gleicher Abnehmerkreis besteht schon dann, wenn die Konkurrenzleistungen nur einem Teil der Abnehmer des Versicherers angeboten wird. (289) Die Konkurrenzleistung kann darin bestehen, dass der Vermittlungsagent ein Konkurrenzgeschäft auf eigenen Namen und eigene Rechnung (290) oder auf fremden Namen aber auf eigene Rechnung betreibt, (291) oder für eine Konkurrenzunternehmung tätig wird oder sich an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt. (292)

Im Versicherungsgewerbe besteht ein solches Wettbewerbsverhältnis ausschliesslich zwischen den verschiedenen Versicherungsinstitutionen, (293) aber nur insoweit, als beide in Betracht fallenden Versicherer die selben Leistungen anbieten. Kein Wettbewerbsverhältnis besteht folglich zwischen einer reinen Sachversicherungsgesellschaft und einer reinen Lebensversicherungsgesellschaft. Da die Entwicklung der Versicherungsgesellschaften in den letzten zwei Jahrzehnten

-
- (287) Zu denken ist an Substitutionsgüter wie z.B. Radiogerät und Fernsehgerät.
- (288) BGE 51 II 442; 92 II 25; von Büren, UWG, Allgemeines, N. 45ff.
- (289) Häfliger, 45.
- (290) Zu denken ist etwa an die Uebernahme einer Generalagentur auf eigene Rechnung.
- (291) BGE 53 II 330.
- (292) Dabei muss es sich aber um eine Beteiligung handeln, die dem Vermittlungsagenten Einfluss auf die Geschäftsführung der Konkurrenzunternehmung erlaubt. Der blosse Erwerb einiger Aktien oder eines kleineren Aktienpaketes einer Konkurrenzgesellschaft genügt nicht, um als Beteiligung im Sinne von Art. 340 OR qualifiziert zu werden.
- (293) Privatversicherungsgesellschaften; staatliche Versicherungsinstitutionen; Krankenkassen und -vereine; Sterbekassen, etc.

dadurch gekennzeichnet war, dass nahezu alle Gesellschaften eine ausgeprägte Sortimentserweiterung (Uebernahme neuer Risikokategorien) betrieben haben, ist festzuhalten, dass das Konkurrenzverbot sich nur auf diejenigen Versicherungskategorien beziehen kann, deren Versicherung der Versicherer zur Zeit der Tätigkeit des Vermittlungsagenten übernommen hat. (294)

Vierte Voraussetzung für die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes ist, dass der Vermittlungsagent dank seiner Tätigkeit für den Versicherer Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäftsgeheimnisse erhielt. Beim Versicherungsvermittlungsagent wird diese Voraussetzung immer gegeben sein. (295) Der Einblick in den Kundenkreis ist allerdings nur dann gegeben, wenn der Vermittlungsagent persönlichen Kontakt zu den Kunden hatte. (296)

Fünfte und letzte Voraussetzung ist, dass die Verwendung der durch das Konkurrenzverbot zu schützenden Kenntnisse durch den Vermittlungsagenten geeignet sind, den Versicherer erheblich zu schädigen. Ist folglich die Schädigungsmöglichkeit nur unbedeutend, weil z.B. der während der Probezeit ausscheidende Vermittlungsagent nur zu einigen wenigen Kunden Kontakt hatte, so fehlt das berechnete Interesse des

-
- (294) vgl. dazu BGE 72 II 419; 91 II 379. Nach diesen Entscheidungen muss die Möglichkeit der erheblichen Schädigung (Art. 340 Abs. 2 OR) im Zeitpunkt der Vertragsauflösung bereits vorliegen.
- (295) vgl. dazu BGE 91 II 372; Wehrli, 63, der allerdings die vom Agenten geworbene Kundschaft zu unrecht vom geschützten Kundenkreis ausnimmt (vgl. oben Abschn. 4.2.8).
- (296) BGE 41 II 105; 55 II 258; 61 II 93; 78 II 41; 81 II 154; 91 II 379; vgl. auch Häfliger, 32ff; Schweingruber, Art. 340, N. 8.

Versicherers an der Durchsetzung des Konkurrenzverbotes. (297) Ob allerdings die befürchtete Schädigung realisiert wird, spielt für die Beurteilung der Erheblichkeit der Schädigung keine Rolle. (298) Zwischen der Möglichkeit der Schädigung und dem gewonnenen Einblick muss zudem ein Kausalzusammenhang bestehen, (299) was beim Einblick in die Kundenliste mit Bezug auf eine Tätigkeit für eine Konkurrenzunternehmung immer der Fall sein dürfte.

b) Beschränkungen

Das Konkurrenzverbot muss nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen beschränkt werden, damit eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Vermittlungsagenten ausgeschlossen wird. (300) Die angemessene Beschränkung von Ort, Zeit und Gegenstand ergibt sich aus den berechtigten Interessen des Versicherers. (301)

Für den Versicherungsvermittlungsagenten bestimmt sich die örtlich angemessene Ausdehnung nach seinem bisherigen vertraglichen Tätigkeitsgebiet. Die Konkurrenzklausel, die einem Vermittlungsagenten die Konkurrenztätigkeit für das gesamte Gebiet der Schweiz verbieten würde, müsste als übermässig herabgesetzt werden.

In zeitlicher Hinsicht darf das Konkurrenzverbot nur unter besonderen Umständen die Frist von drei Jahren überschreiten. (302) Für den Versicherungsaussendienst stellt diese

(297) Häfliger, 36; Schweingruber, Art. 340, N. 11.

(298) ZR 46, Nr. 154.

(299) Oser/Schönenberger, Art. 356, N. 14.

(300) Art. 340a Abs. 1 OR.

(301) BGE 96 II 143 E, 3a; 91 II 381; Häfliger, 54ff.

(302) Art. 340a Abs. 1 OR in fine.

Dreijahresfrist eine absolute Grenze dar, da Ausnahmen nur für hochqualifizierte Berufsleute wie Ingenieure, Chemiker, etc. zugelassen werden. (303)

Die sachliche Ausdehnung wird dadurch bestimmt, dass nur konkurrenzierende Tätigkeiten im Geschäftszweig des Versicherers untersagt werden können. (304)

Ist ein Konkurrenzverbot übermässig, so ist es nicht schlechthin unverbindlich. Der Vermittlungsagent bleibt vielmehr insoweit daran gebunden, als das Verbot durch die berechtigten Interessen des Versicherers gedeckt ist. (305) Der Richter schränkt ein übermässiges Konkurrenzverbot "unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen" ein, hat aber dabei eine allfällige Gegenleistung des Versiche-

(303) Schweingruber, Art. 340a, N. 3.

(304) Hemmeler, 45; Oser/Schönenberger, Art. 357, N. 4.

(305) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 160; BGE 96 II 142 E. 2; Rehbinder, Arbeitsrecht, 110f; a.M. Schweingruber, Art. 340a, N. 5, der für den Fall, dass ein Konkurrenzverbot keinerlei einschränkende Bestimmungen enthält, für die generelle Unverbindlichkeit des Verbotes plädiert. Noch anderer Meinung ist Häfliger, 59ff, der die Auffassung vertritt, das Konkurrenzverbot sei - auch wenn es übermässig sei - solange verbindlich, als der Richter es nicht eingeschränkt habe. Diese Auffassung negiert das berechnete Interesse des Vermittlungsagenten an der Aufnahme einer letztlich zulässigen Tätigkeit. Angesichts des z.T. schlep-
penden Ganges unserer Rechtsprechung könnte ein Arbeit-
oder Auftraggeber sein sachlich und örtlich übermässiges Konkurrenzverbot zum Schaden des Vermittlungsagenten fak-
tisch über die vereinbarte Zeitdauer durchsetzen, wenn er die möglichen Rechtsmittel ergreifen würde. Selbstverständ-
lich trägt der Vermittlungsagent, der ein übermässiges Kon-
kurrenzverbot übertritt, das Risiko (Konventionalstrafe, Schadenersatzleistung), dass die Einschränkung durch den Richter nicht soweit geht, dass die aktuelle Tätigkeit des Vermittlungsagenten nicht unter das Konkurrenzverbot fällt. Die berechtigten Interessen des Versicherers bzw. dessen Anspruch auf Ersatz des Schadens können dadurch vollum-
fänglich gewahrt werden. Die Lösung von Häfliger ist des-
halb abzulehnen.

ners für die Einhaltung des Konkurrenzverbotes (z.B. Karenzentschädigung) angemessen zu berücksichtigen (Art. 340a Abs. 3 OR).

c) Folgen der Uebertretung

Trotzdem Art. 340b OR die Folgen einer Uebertretung des Konkurrenzverbotes absolut zwingend regelt, (306) haben die Parteien einen relativ grossen Freiraum für die Festsetzung individueller Rechtsfolgen:

Treffen die Parteien keine Abrede über die Rechtsfolgen, so hat der Vermittlungsagent dem Versicherer den gesamten Schaden zu ersetzen, der diesem infolge der Verletzung des Konkurrenzverbotes entstanden ist. (307) Da es sich um einen vertraglichen Schadenersatz handelt, hat der Versicherer lediglich die Uebertretung des Verbotes sowie die Höhe des Schadens (308) zu beweisen. (309) Sache des Vermittlungsagenten ist es, den Beweis dafür zu erbringen, dass ihn keinerlei Verschulden treffe. Der Exkulpationsnachweis dürfte im Falle der Verletzung eines Konkurrenzverbotes allerdings kaum zu erbringen sein.

In der Praxis wird zur Sicherung des Konkurrenzverbotes meistens eine Konventionalstrafe für den Fall der Uebertretung verabredet, was gemäss Art. 340b Abs. 2 OR ohne Einschränkung zulässig ist. (310) Für den Versicherer hat die

(306) Art. 361 OR.

(307) Art. 340b Abs. 1 OR.

(308) Art. 42 OR.

(309) Häfliger, 64.

(310) Die Einschränkung der Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe ergibt sich aber aus Art. 163 Abs. 3 OR. Nach dieser Bestimmung kann der Richter "übermässige hohe Konventionalstrafen" nach feiem Ermessen herabsetzen. Zur Uebermässigkeit vgl. BGE 68 II 174; 82 II 146.

Abrede einer Konventionalstrafe den Vorteil, dass er nur noch die Uebertretung des Konkurrenzverbotes beweisen muss. Vom Nachweis des Schadens wird er befreit. Uebertritt der Vermittlungsagent das Konkurrenzverbot, so wird die Konventionalstrafe auch dann fällig, wenn der Versicherer keinen oder lediglich einen geringeren Schaden erlitten hat. (311)

Zur Deckung eines allfälligen Schadens des Versicherers, der über die Konventionalstrafe hinausgeht, bleibt der Vermittlungsagent trotzdem verpflichtet. (312) Für den Nachweis dieses Schadens ist der Versicherer beweispflichtig (Art. 97 OR). In Art. 340b Abs. 2 OR stellt der Gesetzgeber die Vermutung zugunsten des Vermittlungsagenten auf, dass er sich durch die Leistung der Konventionalstrafe vom Konkurrenzverbot befreien könne. (313)

Durch schriftliche Abrede können die Parteien aber dem Versicherer den Anspruch einräumen, neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens auch noch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen. (314) Der Versicherer kann die Durchsetzung des Realerfüllungsanspruches nur erreichen, "sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers oder das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen." (315)

(311) Art. 161 Abs. 1 OR.

(312) Art. 340b Abs. 2 OR in fine.

(313) Im Gegensatz dazu hat der Gläubiger einer Konventionalstrafe nach den einschlägigen Bestimmungen (Art. 160ff OR) die freie Wahl, ob er Realerfüllung oder die Konventionalstrafe fordern will.

(314) sog. Realerfüllung; vgl. Häfliger, 70.

(315) Art. 340b Abs. 3 in fine.

Da es sich beim Realerfüllungsanspruch um einen vertraglichen Anspruch handelt, kann er sich ausschliesslich gegen den früheren Vermittlungsagenten, niemals aber gegen dessen neuen Arbeit- bzw. Auftraggeber richten. (316) Der Versicherer kann den Vermittlungsagenten nur mittels richterlichem Befehl mit Strafandrohung (317) zwingen, die verbotene Konkurrenztätigkeit zu unterlassen. (318) Zulässig ist aber auch die Abrede, dass die Konventionalstrafe für jede einzelne Uebertretung des Konkurrenzverbotes zu entrichten sei. (319)

d) Wegfall

Das Konkurrenzverbot fällt mit dem Ablauf der vereinbarten oder vom Richter festgelegten Dauer weg. (320)

Da der Vermittlungsagent durch das Konkurrenzverbot in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit eingeschränkt wird, muss der Versicherer ein erhebliches Interesse an der Einhaltung des Verbotes haben, das höher zu bewerten ist, als die Einbusse der Handlungsfreiheit, die der Vermittlungsagent durch das Verbot erleidet. Fehlt dieses Interesse oder fällt es nachträglich dahin, (321) so hat der Vermittlungsagent das Konkurrenzverbot nicht einzuhalten (Art. 340c Abs. 1 OR).

(316) Die Anstellung eines unter Konkurrenzverbot stehenden Vermittlungsagenten verstösst auch nicht gegen das UWG (vgl. von Büren, UWG, Allgemeines, N. 19).

(317) Art. 292 StGB.

(318) Häfliger, 78.

(319) Schweingruber, Art. 340b, N. 3; a.M. offenbar Häfliger, 70.

(320) Schweingruber, Art. 340c, N. 1; Häfliger, 88.

(321) Weil z.B. der Versicherer die betreffende Versicherungsbranche aufgibt.

Hat der Versicherer und nicht der Vermittlungsagent die Kündigung des Vertragsverhältnisses ausgesprochen, so fällt das Konkurrenzverbot ebenfalls dahin, es sei denn, der Vermittlungsagent habe dem Versicherer einen begründeten Anlass für die Kündigung geliefert. (322) Ein solcher Anlass liegt schon dann vor, wenn objektiv ein erheblicher Anlass zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegeben ist, den der Vermittlungsagent zu vertreten hat. (323)

Im weiteren fällt das Konkurrenzverbot dahin, falls der Vermittlungsagent die Kündigung ausspricht, und der Versicherer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat. (324)

Haben die Parteien beidseitig und gleichmässig begründeten Anlass zur Vertragsauflösung gegeben, so hat der Vermittlungsagent das Konkurrenzverbot grundsätzlich zu beachten. (325)

e) Entschädigung

Im Agenturvertragsrecht steht dem Vermittlungsagenten ein unabdingbarer Anspruch auf eine besondere Entschädigung für das Konkurrenzverbot zu, (326) die auch gegenüber dem nebenamtlichen Agenten nicht wegbedungen werden kann. (327)

Für den Vermittlungsagenten als Arbeitnehmer bzw. Handelsreisenden besteht kein entsprechender Entschädigungsan-

(322) Art. 340c Abs. 2 OR.

(323) BGE 56 II 274; 57 II 328; 70 II 163; 92 II 35; 103 II 123; 105 II 201; Schweingruber, Art. 340c, N. 4; Häfliger, 90.

(324) Schweingruber, Art. 340c, N. 5.

(325) BGE 105 II 204.

(326) Art. 418d Abs. 2 OR.

(327) Art. 418a Abs. 2 OR in Verb. mit Art. 418d Abs. 2 OR.

spruch. (328) Die Entschädigung gemäss Art. 418d Abs. 2 OR muss angemessen sein, d.h. dem Vermittlungsagenten alle vermögensrechtlichen Nachteile des Konkurrenzverbotes ausgleichen; (329) sie wird deshalb in der Regel sehr hoch ausfallen. (330)

Die Entschädigung ist im Zeitpunkt der Vertragsauflösung zu leisten. Geschieht dies nicht, so fällt das Konkurrenzverbot dahin, und der Versicherer kann es auch durch eine spätere Leistung der Entschädigung nicht einseitig wieder herstellen. (331)

Da die Entschädigung für das Konkurrenzverbot ausschliesslich zum Zweck hat, den Vermittlungsagenten für dessen wirtschaftlichen Ausfall infolge Einhaltung des Konkurrenzverbotes im Interesse des Versicherers zu entschädigen, hat der Vermittlungsagent auch dann einen Anspruch auf Entschädigung, wenn das Vertragsverhältnis aus einem wichtigen Grund aufgelöst wird, den er selbst zu vertreten hat. (332) Es steht dem Versicherer schliesslich frei, sich von der Entschädigungspflicht zu befreien, indem er bei Vertragsauflösung auf das Konkurrenzverbot verzichtet. (333) Seine Interessen an der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen nach der Auflösung des Vertrages werden durch die Bestimmungen von Art. 162 StGB und Art. 13 Abs. 1 lit. g UWG ausreichend geschützt.

(328) Häfliger, 23.

(329) Wehrli, 99; Hangartner, Diplomarbeit, 24; Gautschi, Art. 418d, N. 5c.

(330) Hangartner, Diplomarbeit, 23.

(331) Botschaft AGV, 675f.

(332) A.M. Schläpfer, 108.

(333) BGE 78 II 239; 95 II 143.

5. Die arbeitsvertraglichen Sonderbestimmungen

Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch für den Handelsreisendenvertrag, soweit dort nicht Spezialbestimmungen zu beachten sind. (334)

5.1 Begrenzung der freien Rechtswahl

Für das Arbeitsverhältnis gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, (335) der aber von einer Vielzahl von absolut und relativ zwingenden Normen durchlöchert wird. (336)

In der Botschaft des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechtes (337) wird zwar in den Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen erwähnt, die zwingende Ausgestaltung der betreffenden Vorschrift diene dem Schutz des Arbeitnehmers oder allenfalls demjenigen beider Parteien. In der gleichen Botschaft führt der Bundesrat aber einerseits auch aus, eine Reihe von Vorschriften sei nicht deshalb zwingend ausgestaltet worden, weil "die Gefahr abweichender individueller Abreden" bestehe, sondern vielmehr wegen der Gefahr, dass kollektive Abreden oder kantonale Anordnungen den Zweck der betreffenden Vorschrift unterlaufen könnten. (338) Andererseits wird darauf hingewiesen, dass die "Voll- und Ueberbeschäftigung" die Risikolage am Arbeitsmarkt völlig umgekrempelt habe. Der Arbeitnehmer müsse kaum um seinen Arbeitsplatz kämpfen; es sei vielmehr der Arbeitgeber, der sich um Arbeitskräfte bemühen müsse. Selbstver-

(334) vgl. unten Abschn. 6.

(335) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 275 und 289ff.

(336) Art. 361 und 362 OR. Von den insgesamt 114 Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes (Art. 319-362 OR) sind 24 (oder gut 1/5) ganz oder zum Teil absolut zwingend, 55 weitere Artikel (oder knapp die Hälfte) sind ganz oder teilweise relativ zwingend ausgestaltet.

(337) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 241ff.

(338) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 424.

ständig habe man bei der Revision des Arbeitsvertragsrechtes trotzdem dem Umstande Rechnung zu tragen, dass Konjunkturunbrüche die Beschäftigungslage verändern könnten. Da aber die Vollbeschäftigung anerkanntes Ziel der staatlichen Wirtschaftspolitik sei und auch bleiben dürfte, werde "auch in Zukunft der Arbeitnehmer nicht mehr in die frühere ökonomische Zwangslage und die ihr entsprechende wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber geraten." (339)

Aus diesen beiden Begründungen des Bundesrates müsste der Schluss gezogen werden, die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes dienten primär jedem anderen Zwecke (z.B. der Rechtssicherheit) (340), nicht aber dem Schutz des Arbeitnehmers.

Insbesondere die grosse Zahl der relativ zwingenden Bestimmungen, die wohl zugunsten des Arbeitnehmers, nicht aber zu dessen Nachteil abgeändert werden können, spricht aber eindeutig gegen eine solche Auslegung. Diese Bestimmungen haben den ausschliesslichen Zweck, dem Arbeitnehmer ein unabänderliches Minimum an Schutz gegenüber dem Arbeitgeber zu gewähren. (341)

Nachdem feststeht, dass die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes zumindest auch dem Schutz des Arbeitnehmers dienen, stellt sich die Frage, ob die Parteien durch Wahl einer anderen Rechtsordnung als Grundlage ihres

(339) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 274.

(340) vgl. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 423.

(341) In der Botschaft wird bei der Behandlung der Detailbestimmungen auch ausdrücklich auf diesen Schutzzweck verwiesen. vgl. statt vieler die Ausführungen zu Art. 322b Abs. 1 und 2 OR, Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 318.

Vertrages die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes wegbedingen bzw. umgehen können. Im Gegensatz zum Agenturvertragsrecht, wo das anwendbare Recht klar festgelegt ist, (342) fehlt im Arbeitsvertragsrecht eine analoge Bestimmung. Auch die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechtes (343) äussert sich nicht zu dieser wichtigen Frage.

Mit Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen einem schweizerischen Arbeitgeber und einem schweizerischen Arbeitnehmer mit Tätigkeitsgebiet in der Schweiz kommt die Wahl eines fremden Rechtes nicht in Frage. Nach anerkannter Lehre und Praxis setzt die Wahl einer bestimmten Rechtsordnung als Vertragsgrundlage voraus, dass die Parteien an dieser Wahl mindestens ein legitimes Interessen haben müssen. (344) Im Umstand, dass die Parteien mit der Rechtswahl die Umgehung zwingender Schutzbestimmungen bezwecken, kann niemals ein schutzwürdiges legitimes Bedürfnis der Parteien gesehen werden. In diesem Falle muss die freie Rechtswahl ausgeschlossen werden.

Da in der Schweiz auch oesterreichische, französische, englische, amerikanische, deutsche, holländische und spanische Versicherungsgesellschaften tätig sind, (345) stellt sich die Frage, ob die Arbeits- bzw. Handelsreisendenverträge dieser Gesellschaften mit ihrem Vermittlungsagenten durch Parteivereinbarung dem ausländischen Recht unterstellt werden können, falls das Tätigkeitsgebiet des Vermittlungsagenten zur Hauptsache in der Schweiz liegt.

(342) Art. 418b Abs. 2 OR.

(343) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 241ff.

(344) BGE 91 II 51; vgl. auch Vischer, IPR, 670; Schoenenberger, Allgemeine Einleitung, N. 199.

(345) Schweizerische Versicherungsgesellschaft 1978, publiziert durch die Neue Rückversicherungs-Gesellschaft, Genf, 1978, 91.

Für den Handelsreisendenvertrag ist dies offensichtlich zulässig, da in Art. 347a Abs. 1 lit. d OR ausdrücklich vorge-schrieben wird, dass das anwendbare Recht schriftlich fest-zulegen sei, sofern eine Vertragspartei ihren Wohnsitz im Ausland habe. Diese Gesetzesbestimmung ist praktisch un-verändert aus dem früheren HRAG übernommen worden. (346) Mit der unkritischen und vorbehaltlosen Uebernahme dieser Bestimmung, die wohlverstanden zehn Jahre vor dem Erlass des Agenturvertragsrechtes entstanden ist, hat der Ge-setzgeber der Umgehung zumindest der zwingenden Bestimmungen des Handelsreisendenvertragsrechtes grundsätzlich Tür und Tor geöffnet. Mit bescheidenem Aufwand ist es jedem Ver-sicherer möglich, z.B. in Panama eine Gesellschaft zu gründen, deren Zweck darin besteht, der betreffenden schwei-zerischen Muttergesellschaft Versicherungsverträge aus dem Gebiete der Schweiz zu vermitteln. Die dafür erforderlichen Vermittlungsagenten können von der panamesischen Gesell-schaft unter panamesischem Recht angestellt werden und so des umfassenden Schutzes des schweizerischen Arbeitsver-tragsrechtes beraubt werden. (347)

Für das allgemeine Arbeitsvertragsrecht wird von der Lehre zumindest anerkannt, dass für die freie "Wahl einer Rechts-ordnung, die einen wesentlich geringeren Arbeitnehmerschutz als das schweizerische Recht gewährt", ein wichtiger Grund vorliegen müsse. (348) Worin dieser wichtige Grund bestehen muss, wird aber offengelassen.

(346) vgl. Art. 3 Abs. 1 HRAG,

(347) Dies obwohl der oberste Zweck des seinerzeitigen Erlasses des HRAG im Schutz des Handelsreisenden vor unsozialen Ar-beitsbedingungen bestand (Botschaft HRAG, 1323).

(348) Rehbinder, Arbeitsrecht, 199; Vischer, IPR, 671, der aller-dings dazu neigt, die freie Rechtswahl auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechtes grundsätzlich zu negieren.

Damit steht fest, dass auf dem Gebiete des geltenden Arbeitsvertragsrechtes die freie Rechtswahl der Parteien - unter den genannten Vorbehalten - grundsätzlich zulässig ist. Der Vermittlungsagent als Arbeitnehmer kann deshalb u.U. erheblich schlechter geschützt sein, als der Agent nach Art. 418a ff OR.

Da durch die Möglichkeit der freien Rechtswahl der Hauptzweck des Grossteils der arbeitsvertraglichen Bestimmungen, der im Schutz des Arbeitnehmers besteht, von den Parteien unterlaufen werden kann, ist diese Nachlässigkeit des Gesetzgebers, der von der Aufnahme einer zu Art. 418b Abs. 3 OR analogen Kollisionsnorm offenbar unbewusst abgesehen hat, als gravierend zu bezeichnen. Der für den Arbeitnehmer mit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes angestrebte Schutzzweck verlangt kategorisch danach, dass jeder Arbeitnehmer, der seine Tätigkeit vorwiegend in der Schweiz ausübt, zwingend dem schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unterstellt wird. Das Fehlen einer entsprechenden Kollisionsnorm bzw. die Fassung von Art. 347a Abs. 1 lit. d OR rufen nach einer sofortigen Detailrevision des Arbeitsvertragsrechtes.

5.2 Beschränkte Zulässigkeit der allgemeinen arbeitsvertragsrechtlichen Regelung

Gemäss Art. 347 Abs. 2 OR gilt derjenige Arbeitnehmer nicht als Handelsreisender, der nicht vorwiegend eine Reisetätigkeit ausübt. Durch Umkehrschluss ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass derjenige Vermittlungsagent, der vorwiegend eine Reisetätigkeit ausübt, den speziellen Bestimmungen des Handelsreisendenvertragsrechtes untersteht.

Dadurch wird die Anwendung des allgemeinen Arbeitsvertragsrechtes auf diejenigen Vermittlungsagenten beschränkt, die

weniger als die Hälfte ihrer Arbeitszeit auf die Reisetätigkeit verwenden. (349) Für alle übrigen unter Arbeitsvertrag stehenden Vermittlungsagenten sind die Spezialbestimmungen - insbesondere die zwingenden (350) - des Handelsreisendenvertragsrechtes (351) zu beachten.

5.3 Vereinbarung einer Probezeit

In Art. 334 Abs. 1 OR erhebt der Gesetzgeber die bisherige Praxis im Arbeitsvertragsrecht zum Gesetz und erklärt den ersten Monat eines Arbeitsverhältnisses - vorbehältlich einer anderen Parteiabrede - zur Probezeit. Nicht anwendbar ist die gesetzliche Probezeitregelung auf Arbeitsverhältnisse, die für eine bestimmte Vertragsdauer eingegangen sind oder auf solche, für die sich eine bestimmte Vertragsdauer aus dem angegebenen Zweck der Arbeit ergibt.

Der Zweck der Probezeit besteht darin, den Parteien die Möglichkeit zu geben, die übernommene Arbeit bzw. die Fähigkeiten des neuen Arbeitnehmers am Arbeitsplatz zu prüfen. Werden die gegenseitigen Erwartungen nicht erfüllt, so kann das Arbeitsverhältnis unter wesentlich erleichterten Kündigungsbedingungen wieder aufgelöst werden. (352)

(349) Rehbinder, Arbeitsrecht, 117; Schläpfer, 47; Berger, HRAG, 234.

(350) Art. 347a Abs. 2 und 3 OR (Inhalt des Handelsreisendenvertrages); Art. 348a (Delcredere des Handelsreisenden); Art. 349a (Lohn des Handelsreisenden); Art. 349b Abs. 3 (Ausrichtung der Provision); Art. 349c Abs. 1 (Lohn bei Verhinderung an der Reisetätigkeit); Art. 349d (Auslagenersatz); Art. 349c Abs. 1 (Retentionsrecht); Art. 350 (Besondere Kündigung); Art. 350a (Besondere Folgen der Vertragsbeendigung).

(351) Art. 347 - 350a OR.

(352) Schweingruber, Art. 334, N. 1; Rehbinder, Arbeitsrecht, 97.

Durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag kann die Probezeit auf maximal drei Monate verlängert werden. (353) Diese Vorschrift enthält relativ zwingendes Recht. (354) Es steht den Parteien folglich frei, auf eine Probezeit ganz zu verzichten oder die gesetzlich festgelegte Probezeit auf längstens drei Monate auszudehnen. (355)

Wird eine Probezeit von mehr als drei Monaten vereinbart, so ist diese Parteiabrede nicht gänzlich nichtig. Diesfalls tritt die Nichtigkeit nur für denjenigen Teil der verabredeten Probezeit ein, der drei Monate übersteigt. Eine andere Auslegung würde dem mit Art. 334 Abs. 2 OR verfolgten Schutzzweck zugunsten des Arbeitnehmers widersprechen, weil auch er ein Interesse daran hat, eine unpassende Stellung möglichst ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist wieder verlassen zu können.

Die Kündigungsfrist wird im Gesetz auf sieben Tage festgelegt, wobei die Kündigung jeweils auf das Ende einer Arbeitswoche auszusprechen ist. (356) Diese Bestimmung ist allerdings nur dispositiver Natur, so dass es den Parteien überlassen bleibt, eine beliebig kurze (357) oder eine längere Kündigungsfrist oder einen anderen Endtermin zu vereinbaren. Nachdem auch für das unterjährige Arbeitsverhältnis durch Parteiabrede eine beliebig kurze Kündigungsfrist verabredet werden kann, (358) erscheint diese Lösung für die Probezeit auch angemessen.

(353) Art. 334 Abs. 2 OR.

(354) Art. 362 OR.

(355) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 372.

(356) Art. 334 Abs. 3 OR.

(357) Folglich ist auch die Abrede einer fristlose Auflösung zulässig.

(358) vgl. oben Abschn. 4.5.2, lit. a.

5.4 Haftung des Vermittlungsagenten für die dem Versicherer zugefügten Schäden

Die Frage der Haftung für Schäden, die der Vermittlungsagent zu vertreten hat, wird im Zusammenhang mit seiner Haftung im Allgemeinen behandelt. (359)

5.5 Zusätzliche Pflichten des Versicherers

5.5.1 Lohnzahlungspflicht

Zusätzlich zur Lohnzahlungspflicht des Versicherers, (360) die seine wichtigste Vertragspflicht darstellt, enthält das Arbeitsvertragsrecht Bestimmungen über die Entstehung und die Fälligkeit des vereinbarten Entgelts und des Auslagenersatzes sowie weitere Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers, die nachfolgend abzuhandeln sind.

5.5.1.1 Vereinbarung einer Provision als zusätzliche Entlohnung

Im geltenden Arbeitsvertragsrecht ist es zulässig, auf bestimmten Geschäften die der Arbeitnehmer abwickelt, vermittelt oder abschliesst, eine Provision zu verabreden. (361) Es stellt sich aber die Frage, in welchem Verhältnis diese Provisionsabrede zur Lohnabrede steht, insbesondere, ob anstelle von Lohn für die vom Arbeitnehmer aufgewendete Arbeitszeit für die Vermittlungstätigkeit ausschliesslich Entlohnung in Form der erfolgsbedingten Provision verabredet werden dürfe.

Im Handelsreisendenvertragsrecht hat der Gesetzgeber diese Frage zwingend geregelt. Der Handelsreisende hat Anspruch

(359) vgl. hinten Kap. V., Abschn. 4.1.

(360) vgl. oben Abschn. 4.3.1.

(361) Art. 322b Abs. 1 OR.

auf ein festes Gehalt und allenfalls zusätzlich auf die verabredete Provision. (362) Im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht fehlt eine entsprechende klare Bestimmung.

Da die Leistung eines Lohnes begriffswesentlicher Inhalt des Arbeitsvertrages ist, (363) ist diese Frage durch Auslegung der gesetzlichen Definition des Arbeitsvertrages zu klären. (364) Dort werden als Lohn nur Entschädigung nach Zeitabschnitten (Zeitlohn, z.B. Monatslohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Stücklohn oder Akkordlohn) als definitionsgemässe Lohnformen genannt. Der Akkordlohn, der zwar wie die Provisionsentlohnung den Arbeitserfolg als Bemessungsgrundlage der zu zahlenden Entschädigung im Auge hat, darf nicht mit der Provisionsentschädigung gleichgesetzt werden. Währenddem die Höhe des Akkordlohnes allein von der Fertigkeit und dem Arbeitswille des Arbeitnehmers abhängt, ist die Provision zum grossen Teil von der Marktstellung des Arbeitgebers, von der Qualität der angebotenen Produkte und meistens auch von der Konjunkturlage abhängig; von Faktoren also, die der Arbeitnehmer nicht oder nur unzureichend beeinflussen kann.

Die Ueberwälzung dieses Absatzrisikos des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer will der Gesetzgeber offensichtlich nicht zulassen, sonst hätte er die Provisionsentschädigung als Lohnform in Art. 319 Abs. 1 OR aufführen müssen.

Für den Vermittlungsagenten, der als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 319 OR zu qualifizieren ist gilt, dass eine all-

(362) Art. 349a Abs. 1 OR.

(363) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 295.

(364) Art. 319 Abs. 1 OR.

fällig verabredete Provision nur als Zusatz zu seinem vereinbarten Lohn vereinbart werden kann. Die Höhe des Lohnes kann von den Parteien frei bestimmt werden, (365) er muss dem Vermittlungsagenten aber unabhängig von allfälligen Vermittlungserfolgen ausbezahlt werden. Nur in diesem Umfange ist im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht eine Provisionsabrede zulässig.

Verstösst die Parteiabrede gegen den Anspruch des Vermittlungsagenten auf einen erfolgsunabhängigen, festen Lohn, so hat der Versicherer dem Vermittlungsagenten den Lohn zu entrichten, der für die Haupttätigkeit des Vermittlungsagenten üblich ist. (366)

5.5.1.2 Entstehung und Fälligkeit

a) Lohnanspruch

Der Vermittlungsagent hat die vereinbarte Arbeitsleistung, sofern nicht etwas anderes vertraglich vereinbart ist, während eines vollen Arbeitsmonats zu erbringen. Erst dann wird der festgelegte Lohn zur Zahlung fällig. (367) Der Vermittlungsagent ist folglich vorleistungspflichtig im Sinne von Art. 82 OR.

Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage, ob der Lohnanspruch erst am Ende der vertraglichen oder gesetzlichen Zahlungsperiode entstehe. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht direkt.

(365) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 313.

(366) Art. 322 Abs. 1 OR.

(367) Art. 323 Abs. 1 OR.

Aus der Vorschusspflicht des Versicherers, (368) welche dem Vermittlungsagenten im Falle einer Notlage einen Lohnvorschussanspruch im Rahmen der geleisteten Arbeit einräumt, ergibt sich zwingend, dass der Lohnanspruch nach Massgabe der geleisteten Arbeit entsteht und bis zum Ende der Zahlungsperiode auf den vertraglich vereinbarten Lohn anwächst. (369)

Im Arbeitsvertragsrecht wird der Grundsatz "ohne Arbeit keinen Lohn" (370) durch verschiedene Ausnahmen zum Schutz des Vermittlungsagenten durchbrochen:

- Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR entsteht der Lohnanspruch auch dann, wenn der Versicherer mit der Annahme der Arbeitsleistung durch den Vermittlungsagenten in Verzug gerät. (371)
- Der Lohnanspruch entsteht auch - innerhalb gewisser Schranken - wenn der Vermittlungsagent aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird. (372)
- Gestützt auf Art. 329d Abs. 1 OR entsteht der Lohnanspruch des Vermittlungsagenten auch in der Zeit, in der er seine Ferien verbringt. (373)

(368) Art. 323 Abs. 4 OR; vgl. unten Abschn. 5.5.1.4.

(369) Schweingruber, Art. 323, N. 5.

(370) Rehbindner, Arbeitsrecht, 63.

(371) vgl. oben Abschn. 4.3.5 und 4.3.6; Rehbindner, Arbeitsrecht, 44 und 77f.

(372) Art. 324a Abs. 1 OR; vgl. im weiteren unten Abschn. 5.1.5.

(373) vgl. im weiteren unten Abschn. 5.6 lit. b.

Von der Entstehung des Lohnanspruches ist dessen Fälligkeit zu unterscheiden. Fällig wird der Lohn jeweils am Ende jeden Monats, es sei denn, die Parteien hätten eine kürzere Frist (z.B. Wochenlohn) oder einen anderen Termin (z.B. den 25. jeden Monats) verabredet. (374) Da es sich bei dieser Bestimmung um eine relativ zwingende Norm handelt, ist die Abrede einer Zahltagsperiode von mehr als einem Monat ungültig. (375)

Mit Bezug auf die Höhe des Lohnes gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. (376) Fehlt eine Lohnabrede, so schuldet der Versicherer den üblichen oder den durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag zu bestimmenden Lohn. (377) Der "übliche" Lohn ist im Streitfall durch den Richter zu bestimmen. (378)

Betreffend die Fälligkeit der Lohnforderungen bei Vertragsende wird auf die früheren Ausführungen verwiesen. (379)

b) Provisionsanspruch

Die Entstehung des Provisionsanspruches ist im Gesetz ausführlich geregelt. (380) Grundsätzlich entsteht der Provisionsanspruch mit dem rechtsgültigen Abschluss des vermittelten Geschäftes durch den Versicherer. (381)

(374) Art. 323 Abs. 1 OR. Zu beachten ist, dass der Lohn während der Arbeitszeit, also spätestens am letzten Arbeitstag des Monats auszurichten ist (Art. 323b Abs. 1 OR). Andere Abreden (z.B. Ueberweisung auf ein Bankkonto) sind zulässig, sofern der Arbeitnehmer dadurch nicht schlechter gestellt wird (Art. 323b Abs. 1 OR ist relativ zwingend).

(375) Schweingruber, Art. 323, N. 2.

(376) Art. 322 Abs. 1 OR; Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 313.

(377) Art. 322 Abs. 1 OR.

(378) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 314.

(379) vgl. oben Abschn. 4.6.1.

(380) Art. 322b OR.

(381) Art. 322b Abs. 1 OR; vgl. auch Schweingruber, Art. 322b, N. 3.

Durch schriftliche Abrede können die Vertragsparteien aber vereinbaren, dass bei Versicherungsverträgen der Provisionsanspruch jeweils pro-rata mit der Fälligkeit oder gar mit der Zahlung der einzelnen Prämien durch den Versicherungsnehmer entstehe. (382)

Kann der Versicherer den Versicherungsvertrag ohne sein Verschulden nicht ausführen, (383) oder erfüllt der Versicherungsnehmer seine Prämienverbindlichkeiten nicht, (384) so fällt der Provisionsanspruch des Vermittlungsagenten nachträglich weg. (385) Der Versicherer hat aber alle ihm zumutbaren Anstrengungen zur Erfüllung des Vertrages durch den Versicherungsnehmer zu unternehmen, insbesondere nötigenfalls die Betreuung einzuleiten und, falls Aussicht auf Erfolg besteht, auch fortzusetzen. (386) Wird der Vertrag durch schuldhaftes Verhalten des Versicherers nicht erfüllt, so ist die Provision gleichwohl vollumfänglich geschuldet. (387) Dasselbe gilt für den Fall, dass der Versicherer

(382) Art. 322b Abs. 2 OR; Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 318.

(383) Nach Art. 9 VVG ist der Versicherungsvertrag nichtig, falls im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung (Annahme des Risikos durch den Versicherer) die Gefahr bereits weggefallen ist, oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten ist.

(384) Durch Mahnung (Art. 20 Abs. 1 VVG) und nachfolgende Unterlassung der Einforderung der Erstprämie innert 2 Monaten seit Ablauf der Mahnfrist, vermutet das Gesetz, der Versicherer trete vom Vertrag zurück (Art. 21 Abs. 1 VVG).

(385) Art. 322b Abs. 3 OR.

(386) Meyer Beat, 71; Hagmann, 52, der den Standpunkt vertritt, der Versicherer habe die Betreuung im Interesse des Vermittlungsagenten auch dann fortzusetzen, wenn die Insolvenz des Versicherungsnehmer offensichtlich sei. Diese Ansicht ist abzulehnen, da der Vermittlungsagent im Falle offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers kein berechtigtes Interesse daran haben kann, dass der Versicherer unnötige Kosten produzieren muss. Dies zumal den Vermittlungsagenten in den meisten Insolvenzfällen der Vorwurf mangelnder Sorgfältigkeit treffen wird. Vgl. dazu oben Abschn. 4.2.3.

(387) ZR 48, Nr. 137.

mit dem Versicherungsnehmer einen Aufhebungsvertrag abschliesst, ohne dass hiefür ein wichtiger Grund vorlag. (388)

Im Versicherungsvertrag verpflichtet sich der Versicherer zur Uebernahme eines bestimmten Risikos während einer festgelegten Vertragsdauer und der Versicherungsnehmer zur Zahlung der vereinbarten Prämien. In den meisten Fällen hat der Versicherungsnehmer seine Prämienzahlung nicht für die ganze Vertragsdauer im voraus zu erlegen. Ueblicherweise zahlt er die Versicherungsprämie periodisch. (389) Der Versicherungsvertrag ist folglich mit Bezug auf die Leistungen des Versicherungsnehmers als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren.

Bei der Abwicklung dieses Dauerschuldverhältnisses sind nach den Bestimmungen des VVG verschiedene Fälle möglich, durch die das Vertragsverhältnis vorzeitig beendet oder die vereinbarten Vertragsleistungen reduziert werden:

- Die Verletzung der Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer (390) und die Verletzung der Benachrichtigungspflicht im Falle der Gefahrserhöhung (391) berechtigten den Versicherer zum Vertragsrücktritt ex nunc.
- Nichtleistung der Prämie nach erfolgter Mahnung berechtigt den Versicherer ebenfalls zum Vertragsrücktritt. (392)

(388) BGE 29 II 112f; 71 II 269; Meyer Beat, 70; Wehrli, 76; Trinkhaus, 194.

(389) Im Zweifel ist der Versicherungsnehmer vorleistungspflichtig (Art. 19 VVG).

(390) Art. 6 VVG.

(391) Art. 30 VVG.

(392) Art. 21 VVG.

- Durch den Eintritt eines Vollschatens wird die weitere Leistungspflicht des Versicherers objektiv unmöglich. Der Vertrag erlischt gestützt auf Art. 119 OR. (393)
- Im Teilschadenfalle können sowohl der Versicherer als auch der Versicherungsnehmer den Vertrag vorzeitig auflösen. (394)
- Bei einer Handänderung der versicherten Sache können sowohl der Erwerber der Sache als auch der Versicherer den Versicherungsvertrag vorzeitig beenden. (395)
- Fallen wesentliche Gefahrenmomente weg, so hat der Versicherungsnehmer Anspruch auf eine Prämienreduktion. (396) Das gilt auch für den Fall, dass durch ein Teilschaden die verbleibende Versicherungssumme kleiner wird, als die ursprünglich vereinbarte. (397)

Da in der Praxis des schweizerischen Versicherungsgewerbes auf die Möglichkeit verzichtet wird, die Entstehung des Provisionsanspruches pro-rata mit jeder Prämienzahlung durch den Versicherungsnehmer zu vereinbaren, und somit der Anspruch des Vermittlungsagenten auf die Gesamtprovision mit der Annahme des Vertrages durch den Versicherer entsteht, stellt sich die Frage, ob die vorerwähnten Fälle der vorzeitigen Vertragsauflösung oder der Prämienherabsetzung als Anwendungsfälle der nachträglichen Provisionsherabsetzung gelten. (398)

(393) Roelli/Keller, 610.

(394) Art. 42 Abs. 1 VVG.

(395) Art. 54 Abs. 3 und Abs. 4 Ziff. 2 VVG.

(396) Art. 23 VVG.

(397) Roelli/Keller, 621.

(398) Art. 322b Abs. 3 OR in fine.

Eine bloss teilweise Erfüllung des Versicherungsvertrages durch den Versicherungsnehmer liegt mit Bezug auf die Provisionshöhe bei jedem der genannten Auflösungs- und Reduktionsfälle vor. Damit ist diese Voraussetzung für eine nachträgliche Herabsetzung des Provisionsanspruches erfüllt.

Die zweite Voraussetzung besteht auch bei der teilweisen Herabsetzung des Provisionsanspruches darin, dass den Versicherer kein Verschulden am Eintritt des Reduktionsgrundes treffen darf. Bei der Anzeigepflichtverletzung durch den Versicherungsnehmer, bei der Beendigung des Vertrages durch den Erwerber der versicherten Sache (Handänderung), bei der Prämienreduktion infolge Gefahrsreduktion oder Teilschadens und beim Erlöschen des Vertrages durch Eintritt eines Vollschadens ist ein Verschulden des Versicherers objektiv ausgeschlossen. In diesen Fällen kann deshalb die Provision nachträglich verhältnismässig herabgesetzt werden. (399)

In allen übrigen Fällen ist grundsätzlich ein schuldhaftes Verhalten des Versicherers denkbar, das zur vorzeitigen Vertragsauflösung führt. Liegt kein Verschulden vor, (400) so

(399) Gl.M. Wehrli, 76; Langmack, 56, Bruck-Möller, N. 305 vor §§ 43-48 dVVG; a.M. bezüglich der Folgen bei Vertragsbeendigung infolge Handänderung ist Trinkhaus, 193f, der dem Vermittlungsagenten in diesem Falle die gesamte Provision belassen will. Diese Meinung steht aber im klaren Widerspruch zu Art. 322b OR. Schweingruber, Art. 322b, N. 5, plädiert für die vertragliche Wegbedingung der nachträglichen Provisionsherabsetzung, da diese für den Arbeitnehmer nachteilig sei. Die Wegbedingung ist jedenfalls zulässig, da Art. 322b Abs. 3 OR nur dispositives Recht enthält (Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 318).

(400) Die Beweispflicht für das Fehlen eines Verschuldens obliegt dem Versicherer. Vgl. ZR 48, Nr. 137; Meyer Beat, 71.

hat der Versicherer Anspruch auf nachträgliche Herabsetzung und allenfalls auf Rückerstattung der zuviel bezahlten Provision. (401)

Bei der im schweizerischen Versicherungsgewerbe geübten Praxis der Entstehung und Fälligkeit der Gesamtprovision bei Vertragsabschluss oder im Zeitpunkt der Zahlung der Erstprämie unterliegt der Herabsetzungsanspruch des Versicherers der zeitlichen Begrenzung (402) durch die Verjährungsbestimmungen. Gemäss Art. 128 Abs. 1 Ziff. 3 OR in fine verjähren Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis - und um eine solche handelt es sich beim Rückforderungsanspruch des Versicherers - mit Ablauf von fünf Jahren. Nach Ablauf dieser Verjährungsfrist braucht der Vermittlungsagent die zuviel bezogenen Provisionen nicht mehr zurückzuerstatten oder sich eine Verrechnungserklärung des Versicherers nicht gefallen zu lassen.

Die entstandenen Provisionen sind jeweils Ende jeden Monats zur Auszahlung fällig. Die Abrede einer früheren Fälligkeit ist zulässig. (403) Da Art. 323 OR relativ zwingend ausgestaltet ist, ist eine Abrede, wonach der Fälligkeitstermin aufgeschoben sei, nur dann zulässig, wenn die Ausführung

(401) Gl.M. Wehrli, 76.

(402) Wehrli, 78, führt aus, dass in der Praxis der Herabsetzungsanspruch des Versicherers in den meisten Fällen wegbedungen werde, falls ein Versicherungsvertrag während einer bestimmten Laufzeit nicht aufgehoben werde. Bei der für die vorliegende Arbeit durchgeführten Umfrage konnte aber in keinem Mustervertrag eine Bestimmung gefunden werden, die die Aussage von Wehrli bestätigen würde.

(403) Art. 323 Abs. 2 OR.

des Geschäftes mehr als ein halbes Jahr erfordert. Die Abrede hat überdies schriftlich zu erfolgen. (404)

Mit Bezug auf die Fälligkeit der Provisionsforderungen bei Vertragsende wird auf die früheren Ausführungen verwiesen. (405)

Die Höhe der Provision kann zwischen den Parteien frei vereinbart werden, da diesbezüglich der Grundsatz der Vertragsfreiheit uneingeschränkt gilt. (406) Im Versicherungswerbe wird die Provision des Vermittlungsagenten entweder in Prozenten der Erstprämie oder in Prozenten oder Promillen der Versicherungssumme vereinbart. Nicht in die Provisionsberechnung einbezogen wird die Stempelgebühr auf Versicherungspolice, da diese dem Versicherungsnehmer separat in Rechnung gestellt wird. (407) Gewährt der Versicherer dem Versicherungsnehmer einen Treue- oder Mengenrabatt, so vermindert dies das vom Kunden geschuldete Entgelt, was dort zu einer Reduktion des Provisionsanspruches führen muss, wo die Provision in Prozenten der Erstprämie berechnet wird. (408) Erfolgt aber die Vergünstigung aufgrund eines bisher vorteilhaften Schadenverlaufs - wie z.B. in der Auto-

(404) Art. 323 Abs. 2 OR, zweiter Halbsatz. Die Standardverträge von rund der Hälfte der befragten Versicherer sind deshalb problematisch, weil sie die Fälligkeit der Provision, wohl in Anlehnung an Art. 418i OR, von der Zahlung der Erstprämie abhängig machen, was dazu führen muss, dass in einer grossen Anzahl von Fällen der Versicherer seine Lohnzahlungspflicht nicht gesetzeskonform erfüllt (Art. 323 Abs. 2 OR in Verb. mit Art. 322b Abs. 1 OR).

(405) vgl. oben Abschn. 4.6.1.

(406) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 313.

(407) Meyer Beat, 75.

(408) Meyer Beat, 76. Zu beachten ist aber, dass es dem Versicherer in der Lebensversicherung untersagt ist, dem Versicherungsnehmer Prämienvergünstigungen zu gewähren (Bundesratsbeschluss über den Anwerbebetrieb der Lebensversicherungsgesellschaften in der Schweiz vom 11. September 1931, Art. 2).

haftpflicht- und Kaskoversicherung - so schuldet der Versicherer die Provision auf der unreduzierten Berechnungsgrundlage, (409) da der Vermittlungsagent nicht dafür bestraft werden darf, dass er dem Versicherer "gute" Risiken vermittelt.

Der Provisionsanspruch entsteht grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich um ein Neugeschäft, eine Erhöhung der Versicherungssumme oder eine Vertragserneuerung handelt. In der Praxis wird für die Vermittlung eines Neugeschäftes meist eine erheblich höhere Provision vereinbart als für eine Erhöhung der Versicherungssumme oder eine Erneuerung eines Vertrages. Damit wollen die Versicherungsgesellschaften ihre Vermittlungsagenten offensichtlich motivieren, möglichst viele Neukunden zu vermitteln. Zu berücksichtigen ist aber, dass eine grössere Zahl der befragten Versicherer dem Vermittlungsagenten eine jährliche Bestandesprovision bezahlen, die ihn für seine Tätigkeit für die Bestandespflege entschädigen soll. Hier ist die reduzierte Provision für Vertragsanpassung oder Vertragserneuerungen sicher gerechtfertigt. Erhält der Vermittlungsagent aber keine Bestandesprovision, so erscheint die Provisionsreduktion auf Vertragserneuerungen und -anpassungen als ungerecht, wird doch seitens der Versicherungsgesellschaften immer wieder behauptet, die Erneuerung eines bestehenden Vertrages erfordere praktisch den gleichen Arbeitseinsatz wie ein Neuausschluss. (410)

(409) Gl.M. Wehrli, 77.

(410) Leiss, 130; Sigg, 33ff; Hangartner, Voraussetzungen, 277ff; Berger, AGV, 101f; Wehrli, 94.

Da die Höhe der Provision frei vereinbart werden kann, ist rechtlich gegen eine derartige Provisionsstaffelung jedoch nichts einzuwenden.

c) Gratifikation und Leistungsprämie

Die Gratifikation ist eine freiwillige Sondervergütung des Versicherers an den Vermittlungsagenten, die zu besonderen Gelegenheiten (z.B. Weihnachten, Neujahr, guter Geschäftsabschluss) ausgerichtet wird. (411) Einen grundsätzlichen Rechtsanspruch auf Ausrichtung einer Provision sieht das Gesetz nur für den Fall vor, dass die Parteien einen Gratifikationsanspruch verabreden. (412) Da selbst eine stillschweigende Abrede möglich ist, die sich z.B. aus einer jahrelangen und vorbehaltlosen Ausrichtung der Gratifikation ergeben kann, (413) tut der Versicherer gut daran, wenn er jeweils bei der Ausrichtung der Gratifikation auf deren Freiwilligkeit hinweist. (414)

Ein pro-rata-Anspruch auf Ausrichtung der Gratifikation besteht nur dann, wenn dies verabredet ist. (415) Auch dieser pro-rata-Anspruch kann sich aber aus einer ständigen Uebung durch den Versicherer ergeben. (416)

Heute wird anstelle einer Gratifikation meist ein dreizehnter Monatslohn vertraglich vereinbart. Auch beim dreizehnten Monatslohn handelt es sich nicht um einen Lohnbestand-

(411) Art. 322d Abs. 1 OR.

(412) Art. 322d Abs. 1 OR in fine; Schweingruber, Art. 322d, N. 3.

(413) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 320; Sten. Bull. NR 1969, 444.

(414) vgl. Sten. Bull. NR 1969, 444 (NR Hofstetter).

(415) Art. 322d Abs. 2 OR.

(416) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 321; Schweingruber, Art. 322d, N. 6.

teil (417) sondern um eine Sondervergütung des Versicherers, die zum gewöhnlichen Lohn hinzukommt. (418) Auf die pro-rata-Ausrichtung des dreizehnten Monatslohn hat der Vermittlungsagent nämlich nur dann Anspruch, wenn dies verabredet ist. (419) Ist der Vermittlungsagent im Zeitpunkt der Fälligkeit des dreizehnten Monatslohnes noch beim Versicherer angestellt, so entsteht sein Anspruch auf dieses Zusatzgehalt allerdings unabhängig von seinen Leistungen und unabhängig vom Geschäftsergebnis des Versicherers. Für Kürzungen infolge schlechten Geschäftsganges ist kein Raum, (420) da es sich um einen vertraglichen Anspruch des Vermittlungsagenten handelt, dessen Höhe im voraus festgelegt ist.

Da die Gratifikation keinen Lohncharakter hat, können die Parteien die Fälligkeit des Anspruches frei bestimmen. Fehlt eine Fälligkeitsabrede, so bestimmt sich die Fälligkeit nach Art. 323 Abs. 1 OR.

Von der Gratifikation klar zu trennen sind Leistungsprämien, (421) die für die Erreichung festgelegten Umsatzzielen ausbezahlt werden. Da diese Leistungsprämien keine freiwilligen Sondervergütungen des Versicherers darstellen, sondern vielmehr direkt und ausschliesslich von der Arbeitsleistung des Vermittlungsagenten abhängen, haben sie Lohncharakter. Aus dieser rechtlichen Qualifikation folgt, dass ein Vermittlungsagent, der vor Ablauf der Bemessungsperiode

(417) A.M. Meyer Beat, 56; Leitsätze des Arbeitsgerichtes Zürich aus den Jahren 1977 und 1978, in SJZ 76 (1980), 264.

(418) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 320.

(419) Art. 322d Abs. 2 OR.

(420) Meyer Beat, 56.

(421) wie z.B. Superprovisionen.

aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet, einen pro-rata-Anspruch auf diese Leistungsprämie hat. Die Bemessungsgrundlage wird in diesen Fällen in der Praxis meist so ermittelt, dass die Umsätze der letzten zwölf Monate massgebend sind.

Für die Fälligkeit des Anspruchs auf die Leistungsprämie gilt Art. 323 Abs. 1 OR vorbehaltlos. Die Leistungsprämie ist dem Vermittlungsagent am Ende jenes Monats auszurichten, indem der Anspruch gemäss Vertrag entsteht. In den meisten Fällen dürfte dies der 31. Januar sein.

d) Auslagenersatz

Der Versicherer hat dem Vermittlungsagenten alle durch die Ausführung der vertraglichen Tätigkeit notwendigerweise entstehenden Auslagen zu ersetzen. (422) Zu diesen Auslagen gehören insbesondere:

- die Unterhaltskosten, die dem Vermittlungsagenten ausserhalb seines Wohnortes erwachsen (Verpflegung und Unterkunft); (423)

(422) Art. 327a Abs. 1 OR.

(423) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 341; Botschaft HRAG, 1343, hier wird auch dem Platzreisenden eine Entschädigung für Verpflegung zugestanden, die er nicht zuhause einnehmen kann; Berger, HRAG, 262; Meyer Beat, 92f; Meister Guido, HRAG, 75, der sogar dafür eintritt, dass dem Handelsreisenden bei auswärtiger Uebernachtung auch die Auslagen für Unterhaltung in vernünftigen Rahmen zu ersetzen seien. Diese Auffassung geht aber doch etwas weit, da es dem Vermittlungsagenten ja freisteht, statt auszugehen früh zu schlafen oder ein Buch zu lesen.

- Reisespesen (424) (Bahnabonnement, Autokosten); (425)
- alle übrigen Auslagen wie Porti, Telefongebühren, Werbeaufwendungen (426) (Geschäftspapier, Visitenkarten, Stempel, Firmentafeln, Inserate) soweit diese notwendig oder üblich sind.

Beim Ersatz der Unterhaltskosten darf dem Vermittlungsagenten kein Abzug dafür gemacht werden, dass er durch die auswärtige Verpflegung eine Einsparung an Haushaltungsgeld realisiert. (427)

Wird die Verwendung eines Motorfahrzeuges vereinbart oder erweist sich die Benutzung des Motorfahrzeuges als zweckmässig, so sind der Verbrauch an Treibstoff und Oel, die anteiligen Kosten an der Pflege des Fahrzeuges (Reinigung), der Garagierung, der Motorfahrzeugsteuern und -versicherungen und der Abschreibung zu ersetzen. (428) Zu beachten ist auch, dass der Versicherer den Vermittlungsagenten, der regelmässig ein Motorfahrzeug zu benutzen hat, "in angemessener Weise" gegen die Folgen von Autounfällen zu versichern hat. (429) Angemessen ist die Versicherung, wenn ihre Leistungen den im Kranken- und Unfallversicherungsge-
setzes vorgeschriebenen Minimalleistungen entsprechen. (430)

-
- (424) Berger, HRAG, 262; Meyer Beat, 92f; Meister Guido, HRAG, 75.
(425) Nach Art. 327b Abs. 1 OR sind die Auslagen für die Benutzung des Motorfahrzeuges nur dann zu ersetzen, falls dieser Einsatz im Einverständnis mit dem Versicherer erfolgte. Berger, Arbeitsvertragsrecht, 7, plädiert aber dafür, dass der Vermittlungsagent das Fahrzeug auch ohne Zustimmung des Versicherers benutzen darf, falls es sich für seine Tätigkeit als zweckmässig erweist. Gl.M. BGE 79 II 208; 81 II 234; Meyer Beat, 97.
(426) Meyer Beat, 92; Berger, HRAG, 262.
(427) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 341.
(428) Botschaft HRAG, 1344f.; Art. 327b Abs. 2 OR spricht von einem Ersatz "nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit."
(429) Art. 327a Abs. 3 OR.
(430) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 343.

Die Auslagen sind dem Vermittlungsagenten vollumfänglich zu ersetzen. Durch schriftliche Abrede kann eine Spesenpauschale (Taggeld, Wochen- oder Monatspauschale) vereinbart werden, wobei aber diese Pauschale alle notwendigen Auslagen vollumfänglich decken muss. (431) Sind die effektiven Auslagen des Vermittlungsagenten höher als die vereinbarte Pauschale, so hat er Anspruch auf Ersatz der Differenz. (432) Eine anderslautende vertragliche Abmachung würde gegen die zwingende Bestimmung von Art. 327a Abs. 3 OR verstossen und wäre nichtig. (433)

Falls die Provision einen wesentlichen Bestandteil des Entgelts des Vermittlungsagenten darstellt, wie dies im Versicherungsaussendienst immer der Fall sein wird, so darf der Versicherer den Agenten nicht durch die Auflage eines Spesenmaximums an einer möglichst guten Entfaltung seiner Tätigkeit hindern, (434) indem er ihm z.B. vorschreibt, der Vermittlungsagent habe seine Werbetätigkeit für die betreffende Periode einzustellen, sobald er den maximalen Spesenbetrag ausgegeben habe. Wird eine solche Abrede getroffen, so haftet der Versicherer dem Vermittlungsagenten für den daraus resultierenden Provisionsausfall gestützt auf die Bestimmungen über den Annahmeverzug. (435)

Alle Abreden, dass der Vermittlungsagent "die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selbst zu tragen habe, sind nichtig." (436)

(431) Art. 327a Abs. 2 OR; vgl. auch Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 341; Berger, HRAG, 263; Gruss, HRAG, 250f.

(432) Meyer Beat, 93f.

(433) Art. 327a Abs. 3 OR; Botschaft HRAG, 1343.

(434) Gruss, HRAG, 250f.; Jundt, 177; Meyer Beat, 94.

(435) Art. 324 OR. Vgl. dazu oben Abschn. 4.3.5. und 4.3.6. A.M. Meyer Beat, der eine solche Abrede unbegründet als nichtig bezeichnet.

(436) Art. 327a Abs. 3 OR.

Ist nicht eine Pauschalauslagenentschädigung vereinbart oder reicht die Pauschale zur Deckung der effektiven Auslagen nicht aus, so hat der Vermittlungsagent dem Versicherer eine detaillierte (437) Spesenabrechnung vorzulegen. (438) Erst durch die Vorlage der Spesenabrechnung entsteht der Anspruch auf Ersatz der ausgewiesenen und berechtigten Auslagen. (439)

Der Auslagenersatz wird zusammen mit dem nächsten Lohn zur Auszahlung fällig. (440) Der Gesetzgeber hat dem Vermittlungsagenten zudem einen unabdingbaren Anspruch auf angemessenen Vorschuss für die regelmässig entstehenden Auslagen eingeräumt. Der Vorschuss ist mindestens jeden Monat auszurichten. (441)

5.5.1.3 Lohnrückbehalt

Zur Sicherung von Forderungen des Versicherers aus dem Arbeitsverhältnis können die Parteien vereinbaren, dass der Versicherer einen Teil des Lohnes zurückbehalten darf. (442) Vom einzelnen Lohn (443) dürfen aber höchstens zehn Prozent des gesamten Auszahlungsbetrages zurückbehalten werden, wobei der höchstzulässige Gesamtbetrag des Lohnrückbehaltes auf einen Wochenlohn beschränkt ist. (444)

-
- (437) A.M. Meyer Beat, 95, der die Ansicht vertritt, eine Abrechnung bis ins letzte Detail könne nicht verlangt werden. Die Spesenersatzforderung ist aber eine ganz normale Forderung, deren Umfang und Bestand der Vermittlungsagent gestützt auf Art. 8 ZGB vollumfänglich, also bis ins Detail zu beweisen hat.
- (438) Art. 327c Abs. 1 OR.
- (439) Gl.M. Gruss, HRAG, 251.
- (440) Art. 327c Abs. 1 OR.
- (441) Art. 327c Abs. 2 OR.
- (442) Art. 323a Abs. 1 und 3 OR. Als Konventionalstrafe gilt der Lohnrückbehalt nur dann, wenn dies verabredet oder üblich ist.
- (443) Fixum und Provisionen.
- (444) Art. 323a Abs. 2 OR. Durch Normal-oder Gesamtarbeitsvertrag kann aber ein höherer Gesamtrückbehaltsbetrag festgesetzt werden.

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird der Versicherer gestützt auf Art. 339a OR zur Herausgabe des verbleibenden Lohnrückbehaltes verpflichtet. (445)

5.5.1.4 Vorschusspflicht des Versicherers

Gestützt auf Art. 323 Abs. 4 OR ist der Versicherer verpflichtet, dem Vermittlungsagenten bei vorliegen der folgenden drei Voraussetzungen einen Lohnvorschuss zu gewähren:

- Der Lohnvorschuss ist nur nach Massgabe der geleisteten Arbeit zu gewähren. Der Grundsatz der Vorleistungspflicht des Vermittlungsagenten wird also auch mit Bezug auf die Vorschusspflicht des Versicherers vollumfänglich aufrechterhalten. Als Lohn gelten sowohl das pro-rata verdiente Fixum als auch die Provisionen auf denjenigen Versicherungsverträgen, die der Versicherer bereits angenommen hat. (446)
- Der Vermittlungsagent muss sich in einer Notlage befinden. Eine solche Notlage ist z.B. gegeben, wenn der Vermittlungsagent gezwungen ist, ein neues Auto zu kaufen, das er für die Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit dringend benötigt, und ihm dazu die notwendigen finanziellen Mittel fehlen. Die Vorschusspflicht des Versicherers besteht aber nur insoweit, als der Vorschuss zur Behebung der Notlage erforderlich ist. (447)
Im vorerwähnten Beispiel bedeutet dies, dass der Vermittlungsagent keinen Vorschussanspruch hat, soweit er mit dem Vorschuss ein Luxusauto finanzieren will.

(445) vgl. oben Abschn. 4.6.2.

(446) Art. 322b Abs. 1 OR.

(447) Rehbinder, Arbeitsrecht, 62.

- Die Vorschussleistung muss dem Versicherer zumutbar sein. (448) Er darf einerseits durch die Vorschussleistung nicht selbst in eine Notlage geraten, andererseits muss die Notlage des Vermittlungsagenten so gross sein, dass dem Versicherer die zusätzlichen Umtriebe als zumutbar erscheinen.

Zum Schutze des Arbeitnehmers ist diese Vorschrift relativ zwingend ausgestaltet. (449)

5.5.1.5 Entgelt bei Arbeitsverhinderung des Vermittlungsagenten

Die Ursache für eine Arbeitsabstinenz des Vermittlungsagenten kann im wirtschaftlichen Verhalten des Versicherers (450) oder aber in der Person des Vermittlungsagenten liegen. (451) Den ersten Fall bezeichnet der Gesetzgeber als "Annahmeverzug des Arbeitgebers", der bereits im Zusammenhang mit der Pflicht zur Zuverfügungstellung der notwendigen Unterlagen (452) und der Unterstützungspflicht (453) behandelt wurde.

Die weitaus häufigeren Fälle der Arbeitsverhinderung des Vermittlungsagenten haben jedoch ihre Ursache in der Person des Vermittlungsagenten. Der Gesetzgeber zählt als Beispiele

(448) Schweingruber, Art. 323, N. 5.

(449) Art. 362 OR. Gegen dieses Vorhaben haben allerdings die Arbeitgeberverbände in der Vernehmlassung opponiert. Der Gesetzgeber hat sich aber an den alten Grundsatz gehalten, dass auch der Arbeitgeber ein Interesse daran haben müsse, dass sein Personal nicht auf wirtschaftliche Abwege gerate (Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 324).

(450) Art. 324 OR.

(451) Art. 324a und 324b OR.

(452) vgl. oben Abschn. 4.3.5.

(453) vgl. oben Abschn. 4.3.6.

Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten (454) und die Ausübung eines öffentlichen Amtes (455) auf. Die Aufzählung in Art. 324a Abs. 1 OR ist aber nicht abschliessend. (456) Es sind auch weitere Verhinderungsgründe denkbar, (457) deren Ausschluss nicht zu rechtfertigen wäre. (458) Der Entwurf des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechtes enthielt denn auch diesen Hinweis in concreto. Dort war von "anderen Gründen" die Rede. (459) Wird der Vermittlungsagent aus solchen Gründen an der Arbeit verhindert, so besteht die Lohnzahlungspflicht des Versicherers trotz fehlender Gegenleistung für eine beschränkte Zeit. (460)

Damit diese Lohnzahlungspflicht besteht, müssen allerdings zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Vermittlungsagent darf einerseits seine Arbeitsverhinderung nicht selbst verschuldet haben. Ein solches Verschulden liegt etwa vor, wenn der Vermittlungs-

-
- (454) Z.B. Feuerwehrdienst, unbesoldeter Militärdienst (wie Inspektion, nicht aber Nachschiesskurse); vgl. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 333.
- (455) Die meisten befragten Versicherungsgesellschaften verpflichten den Vermittlungsagenten, vor der Bewerbung für ein öffentliches Amt die Zustimmung des Versicherers einzuholen. Keine Zustimmung ist dort erforderlich, wo eine Wahl gegen den Willen des Vermittlungsagenten erfolgt ist, und ein Amtszwang besteht.
- (456) Schweingruber, Art. 324a, N. 3.
- (457) z.B. Todesfall im nahen Verwandtschaftskreis.
- (458) Gl.M. Meyer Beat, 85f; Rehbinder, Arbeitsrecht, 64f. Die Einzelarbeitsverträge verschiedener Versicherungsgesellschaften enthalten einen Katalog von Verhinderungsfällen, die im Gesetz nicht namentlich erwähnt sind. Dabei wird die Dauer der bewilligten Absenz vertraglich festgelegt. Eine derartige vertragliche Präzisierung ist zu begrüßen, da sie der Rechtssicherheit dient.
- (459) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 333 und 433.
- (460) Art. 324a Abs. 1 OR.

agent in seiner Freizeit einen Sport ausübt, der mit grosser Wahrscheinlichkeit Unfälle zur Folge hat. (461) Auch Absenzen die sich aus der Ausübung eines öffentlichen Amtes ergeben, für deren Uebernahme kein Amtszwang besteht und für die keine Zustimmung des Versicherers vorliegt, sind als selbstverschuldete Arbeitsverhinderungen zu qualifizieren.

- Andererseits muss das Arbeitsverhältnis im Moment der Arbeitsverhinderung mindestens drei Monate gedauert haben oder für eine Dauer von mehr als drei Monaten eingegangen sein, damit eine Lohnzahlungspflicht des Versicherers gegeben ist. (462)

Die Lohnzahlungspflicht des Versicherers bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung des Vermittlungsagenten besteht nur für eine beschränkte Zeit, (463) aber für mindestens drei Wochen während des ersten Dienstjahres. (464) Da Art. 324b OR relativ zwingendes Recht enthält, (465) erscheint der Hinweis des Gesetzgebers als überflüssig, dass durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag eine längere Dauer verabredet werden könne. Hat das Arbeitsverhältnis länger als ein Jahr gedauert, so besteht die Lohnzahlungspflicht des Versicherers nach Massgabe der Dauer des Arbeitsverhältnisses und der besonderen Umstände (466) während einer ange-

(461) Das Arbeitsgericht Zürich hat Unfälle, die aus einer Teilnahme an Motocross-Rennen herrühren, als selbstverschuldet beurteilt (Leitsätze von Entscheidung des Arbeitsgerichtes Zürich, in SJZ 76 (1980), 264).

(462) Art. 324a Abs. 1 OR in fine.

(463) Art. 324a Abs. 1 OR.

(464) Art. 324a Abs. 2 OR.

(465) Art. 362 OR.

(466) Unter dem Titel "besondere Umstände" sind insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien angemessen zu berücksichtigen (BGE 84 II 29ff).

messenen längeren Zeit. Zu beachten ist, dass die verschiedenen Arbeitsverhinderungen des Vermittlungsagenten während eines Dienstjahres zusammengerechnet werden. (467)

Der Versicherer hat dem Vermittlungsagenten den vollen Lohn zu entrichten. Dieser Grundsatz wird durch Art. 324b OR allerdings dahingehend eingeschränkt, dass der Vermittlungsagent, dessen Lohnausfall durch eine obligatorische Versicherung (468) gedeckt ist, lediglich Anspruch auf vier Fünftel seines Lohnes hat. Ergeben die Leistungen der betreffenden Versicherung diesen Lohnsatz, so wird der Versicherer von seiner Lohnzahlungspflicht befreit. Ergibt die Versicherungsleistung weniger als vier Fünftel des Lohnes, so besteht die Lohnzahlungspflicht des Versicherers nur für die Differenz zwischen der Versicherungsleistung und achtzig Prozenten des Lohnes des Vermittlungsagenten. (469)

Da der Vermittlungsagent immer einen Teil seines Lohnes in Form von Provisionen verdient, stellt sich die Frage, was als Lohn im Sinne von Art. 324a OR zu verstehen ist. Im Handelsreisendenvertrag ist diese Frage klar geregelt. (470) Danach besteht der Anspruch gegenüber dem Versicherer im vereinbarten Fixum sowie in einer angemessenen Entschädigung für den Provisionsausfall. (471) Dieselbe Regelung gilt auch für den Provisionsberechtigten Arbeitnehmer, der nicht als Handelsreisender zu qualifizieren ist. (472)

(467) Schweingruber, Art. 324a, N. 6.

(468) z.B. Betriebsunfallversicherung.

(469) Art. 324b Abs. 2 OR.

(470) Art. 349c OR.

(471) Art. 349c Abs. 1 OR.

(472) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 333.

Im Handelsreisendenvertragsrecht ist für den Fall, dass die Provisionsbezüge des Vermittlungsagenten weniger als ein Fünftel seiner Gesamtlohnsumme ausmachen, die schriftliche Abrede zulässig, dass bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung keine Entschädigung für den Provisionsausfall zu entrichten sei. Da diese Regel ausschliesslich für das Handelsreisendenvertragsrecht gilt, ist deren Anwendung auf das allgemeine Arbeitsvertragsrecht zu verneinen. Hätte der Gesetzgeber eine allgemeine Anwendung dieser Abredemöglichkeit auf alle Arbeitsverhältnisse gewollt, so hätte er die in Art. 349c OR enthaltene Bestimmung im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht geregelt.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch darauf hingewiesen, dass der Vermittlungsagent, der als Handelsreisender tätig ist, im Falle der Abgeltung der entgangenen Provision durch den Versicherer verpflichtet ist, auf Verlangen des Versicherers Arbeit im Innendienst zu leisten, sofern der Verhinderungsgrund dies zulässt, und die zugewiesene Arbeit dem Vermittlungsagenten zumutbar ist. (473) Die Arbeit muss der Stellung eines Handelsreisenden angemessen sein. (474) Als zumutbare Tätigkeit gelten etwa: das Ordnen seiner Korrespondenz und seiner Unterlagen, die Nachführung der Kundenkartei, die Vorbereitung zukünftiger Reisetätigkeit und die Ausarbeitung neuer Verkaufsmethoden. (475)

Der Auslagenersatz wird von der einschränkenden Bestimmung der Art. 324a, 324b und 349c OR nicht betroffen. Gemäss Art. 327a Abs. 3 OR hat der Versicherer dem Vermittlungsagenten

(473) Art. 349c Abs. 3 OR.
(474) Botschaft HRAG, 1343.
(475) Meyer Beat, 90.

alle während der Vertragsdauer notwendigen Auslagen zu ersetzen, ungeachtet dessen, ob der Vermittlungsagent erfolgreich tätig ist. Der Versicherer hat folglich auch bei einer Arbeitsverhinderung alle notwendigen Auslagen zu ersetzen. (476) Notwendig sind in diesem Fall Auslagen nur insoweit, als es sich um Fixkosten handelt. Auch diese Fixkosten hat der Vermittlungsagent durch geeignete Massnahmen (477) möglichst tief zu halten.

5.5.1.6 Beschränkte Verrechenbarkeit von Lohnguthaben

Zum Schutz des Vermittlungsagenten beschränkt das Gesetz die Möglichkeit der Verrechnung von Lohnguthaben mit Forderungen des Versicherers auf die pfändbare Lohnquote. (478)

Die pfändbare Lohnquote ist gestützt auf Art. 93 SchKG zu ermitteln. Für die Berechnung des unpfändbaren Existenzminimums sind die am Wohnort des Vermittlungsagenten geltenden Ansätze und Berechnungsregeln zu beachten. (479)

Diese Schutzbestimmung wird durch das Gesetz zu recht dahingehend beschränkt, dass die Verrechnungsbeschränkung dort nicht gilt, wo der Vermittlungsagent dem Versicherer absichtlich Schaden zugefügt hat. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Vermittlungsagent seine Stellung unbegründet fristlos verlässt oder wenn er dem Versicherer durch Strafdelikte Schaden zufügt. (480)

(476) Gl.M. Meyer Beat, 89.

(477) Schneiter, 13, verlangt zu recht, dass z.B. ein Motorfahrzeug während einer längeren Arbeitsverhinderung einzustellen und die Nummernschilder zu deponieren oder ein Bahnabonnement nach Möglichkeit zurückzugeben sei.

(478) Art. 323b Abs. 2 OR. Diese Bestimmung ist absolut zwingend.

(479) BGE 91 III 86f.

(480) Gl.M. Schweingruber, Art. 323b, N. 4.

Die Zustimmung des Vermittlungsagenten zur Verrechnung über die pfändbare Lohnquote hinaus ist allerdings in dem Moment zulässig, wo der Vermittlungsagent den fälligen Lohn beziehen könnte. (481)

Eine weitere Schutzvorschrift zugunsten des Vermittlungsagenten ist in Art. 323b Abs. 3 OR enthalten. Danach sind Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Versicherers nichtig. Der Vermittlungsagent kann also keine gültige Verpflichtung eingehen, wonach er einen bestimmten Teil seines Lohnes für Versicherungsleistungen des Versicherers auszugeben habe. Vorbehalten sind aber diejenigen Versicherungen, die gesetzlich vorgeschrieben sind. (482)

5.5.2 Fürsorgepflicht des Versicherers

Da das Arbeitsverhältnis nicht ein reines Schuldverhältnis sondern vielmehr auch ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent ist, (483) schreibt der Gesetzgeber dem Versicherer zwingend vor, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit am Arbeitsplatz zu sorgen. (484)

Für das Anstellungsverhältnis des Vermittlungsagenten, der vorwiegend ausserhalb der Geschäftsräume des Versicherers tätig ist, ist die weitere Schutzbestimmung von Art. 328 Abs. 2 OR kaum von Bedeutung. Danach hat der Arbeitnehmer alle zumutbaren Massnahmen am Arbeitsplatz zu treffen, die geeignet sind, das Leben und die Gesundheit von Arbeitnehmern zu schützen.

(481) Schweingruber, Art. 323b, N. 4.

(482) z.B. AHV, Betriebsunfallversicherung; vgl. Schweingruber, Art. 323b, N. 5.

(483) Sten. Bull. NR 1969, 401; Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 344.

(484) Art. 328 Abs. 1 OR.

5.5.3 Pflicht zur Abgabe eines Arbeitszeugnisses

Der Versicherer ist verpflichtet, dem Vermittlungsagenten auf dessen jederzeitiges (485) Verlangen ein Arbeitszeugnis auszustellen. Dabei steht dem Vermittlungsagenten das Wahlrecht zu, (486) ein einfaches Zeugnis, das nur Angaben über die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses enthält oder ein qualifiziertes Zeugnis (487) zu verlangen, das überdies noch Angaben über seine Leistungen und sein Verhalten enthält. Im Zweifelsfalle ist ein qualifiziertes Zeugnis auszustellen. (488)

5.6 Freizeit- und Ferienregelung

5.6.1 Gewährung der gesetzlichen Freitage

Art. 329 Abs. 1 OR schreibt dem Versicherer zwingend vor, dem Vermittlungsagenten pro Woche einen freien Tag zu gewähren. Da kaum anzunehmen ist, dass der Vermittlungsagent seine Kundenbesuche am Sonntag durchführen muss, wird der Versicherer der gesetzlichen Regelung ohne weiteres entsprechen können und dem Vermittlungsagent den Sonntag als

(485) Rehbindner, Arbeitsrecht, 80f und Schweingruber, Art. 330a, N. 2, sind der Meinung, der Anspruch auf die Ausstellung eines Zeugnisses unterliege der zehnjährigen Verjährungsfrist. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Durch den Ausdruck "jederzeit" hat der Gesetzgeber sich bewusst dagegen ausgesprochen, dass der Anspruch in irgend einer Weise zeitlich beschränkt werde. Ganz abgesehen davon kann der Anspruch nicht verjähren, weil es sich nicht um eine Forderung handelt (Art. 127ff OR), es könnte sich deshalb nur um eine Verwirkungsfrist handeln. Ueberdies wäre auch die Frist falsch, da Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis schon nach fünf Jahren verjähren (Art. 128 Ziff. 3 OR). Der Zeugnisanspruch kann dagegen nach Treu und Glauben dort entfallen, wo es dem Arbeitgeber nicht mehr möglich ist, ein Zeugnis zu erstellen, weil ihm keine Unterlagen über das Arbeitsverhältnis mehr zur Verfügung stehen oder sein Gedächtnis nicht mehr soweit zurückreicht (Rehbindner, Arbeitsrecht, 81).

(486) Schweingruber, Art. 330a, N. 3.

(487) Rehbindner, Arbeitsrecht, 81.

(488) Schweingruber, Art. 330a, N. 3; Rehbindner, Arbeitsrecht, 81.

Freitag gewähren. Sollte dies aus irgendwelchen Gründen nicht möglich sein, z.B. weil der Vermittlungsagent am Sonntag an der Aufnahme eines Schadens mitwirken muss, so hat er Anspruch auf einen vollen freien Werktag. (489)

Bedeutsamer ist die Bestimmung, wonach dem Vermittlungsagenten nach dessen Kündigung ausreichend Freizeit einzuräumen ist, damit er eine neue Stellung suchen kann. (490) Diese Vorschrift ist allerdings nur dispositiver Natur und kann deshalb vertraglich wegbedungen werden.

Wichtig ist, dass der Gesetzgeber bewusst unterlassen hat, (491) die Lohnzahlungspflicht für die Freitage zu regeln. Da der Vermittlungsagent einen Teil seines Lohnes in Form einer Erfolgsprovision verdient, ist diese Unterlassung des Gesetzgebers insbesondere hinsichtlich der gesetzlichen Feiertage (Weihnachten, Ostern, Pfingsten, etc.) von Bedeutung. Ob er eine Entschädigung für den Provisionsausfall erhält, muss sich ausschliesslich aus der vertraglichen Regelung ergeben. Da in keinem einzigen der verfügbaren Musterverträge eine Regelung über eine Provisionsentschädigung an gesetzlichen Feiertagen enthalten ist, kann geschlossen werden, dass dies im Versicherungsgewerbe auch nicht üblich ist.

5.6.2 Ferienanspruch

Der Vermittlungsagent hat - wie jeder Arbeitnehmer - Anspruch auf mindestens zwei Wochen Ferien pro Kalenderjahr, (492) wobei die Kantone diesen Mindestanspruch auf

(489) Art. 329 Abs. 1 OR in fine.

(490) Art. 329 Abs. 3 OR.

(491) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 349f.

(492) Das Gesetz spricht von Dienstjahren, gemeint sind aber offensichtlich Kalenderjahre. Vgl. Art. 349a Abs. 3 OR.

drei Wochen erhöhen können. (493) Alle befragten Versicherungsgesellschaften gewähren ihren Vermittlungsagenten - abgestuft nach Alter - drei bis vier, z.T. sogar bis fünf Wochen bezahlten Urlaub.

Der gesetzliche Ferienanspruch besteht allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis mindestens drei Monate gedauert hat oder für mindestens drei Monate eingegangen wurde.

Für den Fall, dass der Vermittlungsagent durch Gründe, die in seiner Person liegen, mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert wurde, kann der Ferienanspruch für jeden vollen Monat der Arbeitsverhinderung um einen Zwölftel gekürzt werden. (494) Eine Kürzung ist aber für eine Vermittlungsagentin, die wegen Schwangerschaft und Niederkunft an der Arbeitsleistung verhindert wurde, nur zulässig, soweit die Verhinderung aus diesem Grunde länger als insgesamt zwei Monate gedauert hat. (495)

Die Ferien sind in der Regel zusammenhängend und im Verlaufe des betreffenden Kalenderjahres zu beziehen bzw. zu gewähren. (496) Der Zeitpunkt wird durch den Versicherer bestimmt. Er hat aber auf die Wünsche des Vermittlungsagenten Rücksicht zu nehmen. (497)

Für die Dauer der Ferien hat der Vermittlungsagent Anspruch auf den darauf entfallenden Lohn (Fixum und Provisionsaus-

(493) Art. 329a Abs. 1 OR.

(494) Art. 329b Abs. 1 und 2 OR.

(495) Art. 329b Abs. 3 OR.

(496) Art. 329c Abs. 1 OR.

(497) Art. 329c Abs. 2 OR.

fall). (498) Ueberdies sind ihm auch während der Dauer der Ferien die fixen Kosten seiner Berufsauslagen zu ersetzen. (499)

Die Abgeltung der Ferien durch Geldleistung ist während der Dauer des Arbeitsverhältnisses durch absolut zwingende Vorschrift verboten; (500) folglich bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses aber erlaubt.

Da die Ferien der Erholung des Vermittlungsagenten dienen sollen, hat der Versicherer ein Interesse daran, dass der Vermittlungsagent seine Ferien nicht missbräuchlich verwendet, (501) indem er statt sich zu erholen eine entgeltliche Schwarzarbeit ausführt. Richtigerweise mutet der Gesetzgeber dem Versicherer nicht zu, dass er dem Vermittlungsagenten die Ferien zu finanzieren habe, und dieser sich durch Schwarzarbeit einen Doppelverdienst verschafft. Geschieht dies trotzdem, so kann der Versicherer den Ferienlohn verweigern oder den bereits ausbezahlten Ferienlohn zurückfordern. (502)

5.7 Personalfürsorge

Die Personalfürsorge umfasst neben den beruflichen Vorsorgeeinrichtungen auch alle übrigen Fürsorgeeinrichtungen wie Betriebskrankenkasse, Ferienkasse und Kassen zur Unterstützung von in Not geratenen Arbeitnehmern. (503) Wichtigste Institution ist heute im Hinblick auf das kommende Obligatorium allerdings die berufliche Altersvorsorge, die als zweite Säule neben der obligatorischen Alters- und Hinter-

(498) Art. 329d Abs. 1 OR.

(499) z.B. Büromiete, Versicherungen und Steuern für das Motorfahrzeug.

(500) Art. 329d Abs. 2 OR.

(501) Schweingruber, Art. 329d, N. 5.

(502) Art. 329d Abs. 3 OR.

(503) Rehbinder, Arbeitsrecht, 86; Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 357.

bliebenenversicherung (erste Säule) und der wenig beeinflussbaren Selbstvorsorge (dritte Säule) gilt.

Da das Obligatorium der zweiten Säule bis heute noch nicht realisiert wurde, weil die eidgenössischen Räte und insbesondere die politischen Gruppierungen sich noch nicht auf ein einheitliches Konzept einigen konnten, müssen sich die Vorschriften des Obligationenrechts darauf beschränken, dort regelnd und vor allem sichernd einzugreifen, wo derartige Vorsorgeeinrichtungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam oder von den Arbeitnehmern allein finanziert werden. (504)

Erste Pflicht des Versicherers ist es, eigene Zuwendungen oder Beiträge der Arbeitnehmer, die der Personalfürsorge dienen, auf eine unabhängige juristische Person (505) zu übertragen, (506) also dieses zweckgebundene Vermögen aus seiner Firma auszuschneiden. (507) Von dieser Uebertragung auf einen selbständigen Rechtsträger sind allfällige Zuwendungen des Versicherers oder Beiträge des Vermittlungsagenten ausgenommen, die zugunsten des letzteren für eine Kranken-, Unfall-, Lebens- Invaliden- oder Todesfallversicherung bei einer der Versicherungsaufsicht unterstellten (508) Unternehmung oder für Beiträge an eine anerkannte Krankenkasse verwendet werden. (509) Weitere Voraussetzung ist aber, dass der Arbeitnehmer ein direkt gegen den Versicherungsträger gerichtetes, selbständiges Forderungsrecht hat. (510) Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so erscheint

(504) Art. 331 Abs. 1 OR.

(505) Stiftung, Genossenschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts.

(506) Art. 331 Abs. 1 OR.

(507) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 355.

(508) Art. 2 und 3 VAG.

(509) Art. 331 Abs. 2 OR.

(510) Art. 331 Abs. 2 OR zweiter Halbsatz.

dem Gesetzgeber eine Absicherung der Beiträge durch Uebertragung auf einen eigenen Rechtsträger nicht notwendig, (511) was aber fragwürdig ist. Es kommt immer wieder vor, dass ein in finanzielle Nöte geratener Arbeitgeber sich aus derartigen Beiträgen finanziert, was bei Konkursen zu unliebsamen Ueberraschungen und Benachteiligungen der Arbeitnehmer führen kann. (512)

Nicht unter die Ausschlussklausel von Art. 331 Abs. 2 OR fallen dagegen Aufwendungen und Beiträge für Gruppen-Lebensversicherungen, da die Rechte aus einer solchen Versicherung ausschliesslich dem Versicherungsnehmer, also dem Arbeitgeber zustehen. (513)

Entgegen dem Entwurf des Bundesrates (514) sieht das geltende Recht allerdings von der absoluten Freiwilligkeit der Arbeitgeberleistungen an die Personalvorsorgeeinrichtungen ab. Durch Art. 331 Abs. 3 OR wird der Versicherer für den Fall, dass der Vermittlungsagent Beiträge an eine Vorsorgeeinrichtung zu leisten hat, absolut zwingend verpflichtet, (515) zur gleichen Zeit Beiträge von mindestens dem gleichen Umfang wie die Arbeitnehmerbeiträge zu entrichten.

Ueberdies verpflichtet das Gesetz den Versicherer zwingend, den Vermittlungsagenten über die diesem zustehenden Forderungsrechte gegenüber der Personalfürsorgeeinrichtung oder

(511) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 358.

(512) Die Beitragsforderungen der privaten und staatlichen Fürsorgeeinrichtungen geniessen zwar das Konkursprivileg zweiter Klasse (Art. 219 Abs. 1 SchKG), sie konkurrieren aber innerhalb dieser Klasse z.B. mit den Forderungen der eidg. Steuerverwaltung auf Zahlung der Verrechnungssteuer.

(513) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 358.

(514) vgl. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, Art. 331 OR, S. 438.

(515) Art. 361 OR.

gegenüber einem Versicherungsträger umfassen zu informieren. (516)

Auf die Pflichten der Personalfürsorgeeinrichtung (517) kann in dieser Arbeit nicht eingetreten werden, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

5.8 Kündigungsschutz

5.8.1 Kündigungsbeschränkungen

Mit den absolut zwingenden Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit (518) hat der Gesetzgeber wichtige Kündigungs-schutzbestimmungen zugunsten beider am Arbeitsvertrag be-teiligter Parteien ins Obligationenrecht übernommen, die früher durch das Fabrikgesetz (519) bzw. Anhang A zum Ar-beitsgesetz (520) nur den Arbeitnehmern in industriellen Betrieben zustanden. Mit der Uebernahme ins Obligationen-recht sind diese Schutzvorschriften Allgemeingut im ar-beitsvertraglichen Rechtsverhältnis geworden.

Der wichtigste Grundsatz der Kündigungsschutzbestimmungen ist allerdings zu beachten: Die Kündigungsbeschränkungen sind ohne Einfluss auf die Lohnzahlungspflicht des Arbeit-gebers bei Verhinderung des Arbeitnehmers. Diese richtet sich allein nach Art. 324a OR. (521)

Generelle Voraussetzung für die Geltung der allgemeinen Kün-digungsschutzbestimmungen ist der Ablauf der Probezeit.

(516) Art. 331 Abs. 4 OR.

(517) Art. 331a-c OR.

(518) Art. 336e, 336f und 336g OR.

(519) Art. 23 und 69 des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in Fabriken vom 18. Juni 1944 (Fabrikgesetz).

(520) Art. 23 und 69 des Fabrikgesetzes in Verb. mit Art. 72 Abs. 2 Arbeitsgesetz.

(521) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 379; vgl. oben Abschn. 5.5.1.5.

Der Kündigungsschutz zugunsten des Versicherers wird im weiteren von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass ein Vorgesetzter des Vermittlungsagenten, dessen Funktionen der letztere auszuführen vermag und während der Zeit der Verhinderung des Vorgesetzten auch tatsächlich zu übernehmen hat, durch einen der Kündigungsbeschränkungsgründe betroffen ist. (522)

Das Gesetz sieht den Kündigungsschutz in folgenden vier Fällen abschliessend vor:

a) Militär- und Zivildienst

Unter der Voraussetzung, dass eine Vertragspartei oder der Vorgesetzte des Vermittlungsagenten obligatorischen (523) schweizerischen Militär- oder Zivildienst von mindestens zwölf Tagen Dauer (524) zu absolvieren hat, darf das Arbeitsverhältnis von der anderen Vertragspartei während vier Wochen vor und nach der betreffenden Dienstleistung nicht gekündigt werden. (525) Keinen Kündigungsschutz genießt folglich der ausländische Arbeitnehmer, der zu Militär- und Zivildiensten in seinem Heimatland aufgeboten wird. Sollte der Zivildienst für Dienstverweigerer eingeführt werden, so würden derartige Dienstleistungen ebenfalls die Kündigungsbeschränkungen auslösen, da sie anstelle des Militärdienstes und ebenfalls obligatorisch zu erfüllen wären.

(522) Art. 336f Abs. 1 OR.

(523) Keine freiwilligen Dienstleistungen sind Beförderungsdienste, da der Pflichtige dazu zwingend aufgeboten wird. Gl.M. Schweingruber, Art. 336e N. 4. Ein freiwilliger Dienst liegt vor, wenn z.B. ein junger Leutnant sich gegen Lohnentschädigung für eine bestimmte Zeit als "Schlauchmeister" verpflichtet. Auch Frauenhilfsdienst gilt als freiwilliger Dienst (Schweingruber, Art. 336e, N. 4). Vgl. auch Botenschaft Arbeitsvertragsrecht, 386.

(524) Nach oben ist die Dauer der Dienstleistung unbegrenzt.

(525) Art. 336e Abs. 1 lit. a OR.

b) Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall

Wird eine Vertragspartei durch unverschuldete Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig, so darf die andere Vertragspartei das Arbeitsverhältnis im ersten Dienstjahr während vier und vom zweiten Dienstjahr an während acht Wochen seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit nicht kündigen. (526)

c) Wöchnerinnenschutz

Bringt eine Vertragspartei ein Kind zur Welt, so darf die andere Vertragspartei das Arbeitsverhältnis während acht Wochen vor und nach der Niederkunft nicht kündigen. (527)

Weder das Gesetz, noch die Botschaft, noch die Kommentatoren äussern sich darüber, ob der Kündigungsschutz auch dann besteht, wenn eine Totgeburt erfolgt. Da der Schutzzweck der Bestimmung darin liegt, die begünstigte Vertragspartei vor einer Kündigung infolge Schwangerschaft zu bewahren, muss der Kündigungsschutz unabhängig davon gelten, ob das Kind lebend oder tot geboren wird.

d) Teilnahme an Hilfsaktionen im Ausland

Wohl im Hinblick auf das bei der Revision des Arbeitsvertragsrechtes noch nicht bestehende Katastrophenhilfskorps wurde der Entwurf des Bundesrates durch das Parlament um diese Schutzbestimmung erweitert. (528) Das Arbeitsverhältnis darf in den ersten vier Wochen einer, von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung einer Vertragspartei für eine Hilfsaktion im Ausland durch die andere Vertragspartei nicht gekündigt werden. (529)

(526) Art. 336e Abs. 1 lit. b OR.

(527) Art. 336e Abs. 1 lit. c OR.

(528) vgl. Art. 336 OR des Entwurfes in der Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 442.

(529) Art. 336e Abs. 1 lit. d OR.

Wird trotz Vorliegen eines Kündigungsschutzgrundes gekündigt, so ist bezüglich der Rechtsfolgen dieser Kündigung zu unterscheiden, ob die Kündigung vor Beginn der Sperrfrist oder erst im Laufe der Sperrfrist ausgesprochen wurde.

Wird die Kündigung während der Sperrfrist ausgesprochen, so ist sie nichtig. (530) Der Kündigende muss die Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist erneut aussprechen.

Ist das Arbeitsverhältnis vor Beginn der Sperrfrist rechtsgültig gekündigt worden, so wird der Lauf der Kündigungsfrist während der Dauer der Sperrfrist sistiert. (531) Die Kündigung gilt als rechtswirksam ausgesprochen. Die Kündigungsfrist läuft bis zum Beginn der Sperrfrist, dann ruht sie und läuft nach Ablauf der Sperrfrist solange weiter bis die vereinbarte oder die gesetzliche Dauer der Kündigungsfrist vollumfänglich abgelaufen ist.

Zu beachten ist aber, dass in allen Fällen, wo für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ein bestimmter Endtermin (532) festgelegt wurde, die durch die Kündigungsschutzbestimmungen unterbrochene Kündigungsfrist bis zum nächstfolgenden Endtermin erstreckt wird. (533) Diese Bestimmung scheint dort sehr fraglich, wo ein Arbeitsverhältnis nur je auf Ende eines Jahres oder eines Halbjahres gekündigt werden kann. Tritt hier eine vergleichsweise kurze Unterbrechung der Kündigungsfrist durch Vorliegen von Kündigungsschutzgründen ein, so wird das Arbeitsverhältnis für

(530) Art. 336e Abs. 2 OR erster Halbsatz.

(531) Art. 336e Abs. 2 OR zweiter Halbsatz.

(532) z.B. das Ende eines Monats.

(533) Art. 336e Abs. 3 OR.

die kündigende Partei in untragbarer Weise um eine unzumutbar lange Periode erstreckt. Da aber Art. 336e Abs. 3 OR absolut zwingendes Recht enthält, kann auf diese Folgen im voraus nicht rechtsgültig verzichtet werden. Zulässig ist es selbstverständlich, dass die Vertragsparteien die ausserterminliche Auflösung durch einen Aufhebungsvertrag herbeiführen. (534)

Da die Kündigungsschutzbestimmungen ausschliesslich im Interesse der begünstigten Partei aufgestellt wurden, kann diese das Arbeitsverhältnis auch während der Dauer der Sperrfrist wirksam kündigen. Eine vor Beginn der Sperrfrist von der begünstigten Partei ausgesprochene Kündigung läuft auch während der Sperrfrist ununterbrochen weiter.

Tritt ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337ff OR ein, der der belasteten Partei Anspruch auf fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gibt, so kann die begünstigte Partei den Kündigungsschutz gemäss Art. 336e ff OR nicht geltend machen. (535)

5.8.2 Schutz vor missbräuchlicher Kündigung

Neben den zeitlichen Kündigungsbeschränkungen kennt unser Arbeitsvertragsrecht auch die sachliche Kündigungsbeschränkung. (536) Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich grundsätzlich aus Art. 2 Abs. 2 ZGB (537) der dem Missbrauch eines Rechtes den Rechtsschutz versagt, eine missbräuchliche Kündigung folglich nichtig macht. (538)

(534) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 382; Rehbinder, Arbeitsrecht, 102.

(535) Gl.M. Müller Peter, 26.

(536) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 382f.

(537) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 384f; Rehbinder, Arbeitsrecht, 101; Spoendlin, 142.

(538) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 385.

In den Beratungen der Kommission und des Parlamentes wurde über das Problem des sachlichen Kündigungsschutzes heftig debattiert. (539) Es ging bei diesen Diskussionen insbesondere um den Umfang der im Arbeitsvertragsrecht zu konkretisierenden sachlichen Kündigungsbeschränkungsgründe. Als Beschränkungsgründe wurden die Missachtung der Religionsfreiheit oder der Vereinsfreiheit, (540) die Leistung von Militär- und Zivilschutzdienst oder die besondere Härte genannt, die eine Kündigung auf die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers auslösen könnte. (541)

Ins geltende Recht wurde aber lediglich die sachliche Kündigungsbeschränkung wegen Militär- oder Zivilschutzdienstes konkret übernommen, (542) da alle weitergehenden politischen Forderungen als zu starker Eingriff in die Kündigungsfreiheit und damit in die Vertragsfreiheit angesehen wurden. (543)

In jüngster Zeit ist der Christlich-Nationale Gewerkschaftsbund im Begriff, einen neuen Anlauf zur Ausdehnung des sachlichen Kündigungsschutzes zu unternehmen. (544) Durch die sogenannte "Kündigungsschutzinitiative" soll die Bundesverfassung um einen Art. 34 octies ergänzt werden, worin der Bund verpflichtet würde, Bestimmungen über den Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitnehmers aufzustellen. Nach dem ausformulierten Initiativtext soll:

(539) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 384; Sten. Bull. NR 1969, 831ff.

(540) Insbesondere die Zugehörigkeit zu Gewerkschaften.

(541) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 383.

(542) Art. 336g OR.

(543) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 384.

(544) NZZ Nr. 231 vom 4./5. Oktober 1980, 34.

- der Arbeitgeber verpflichtet werden, auf Verlangen des Arbeitnehmers eine schriftliche Begründung der Kündigung zu liefern
- dem Arbeitnehmer ein Anfechtungsrecht gegen jede ungerechtfertigte Kündigung (z.B. wegen Ausübung von verfassungsmässigen Freiheitsrechten) einräumen
- eine Härteklausele formuliert werden, die dem Arbeitnehmer Anspruch auf Erstreckung des Arbeitsverhältnisses einräumt, falls er durch die Kündigung in eine Notlage gerät
- die Kündigungssperrfristen wegen Krankheit, Unfall und Schwangerschaft erheblich verlängern
- Regeln über den Kündigungsschutz bei Kollektiventlassungen aus wirtschaftlichen Gründen aufgestellt werden.

Das Ansinnen der Initianten ist aus verschiedenen Gründen strikte abzulehnen. Erstens gehören die Grundlagen für die verlangten Schutzbestimmungen nicht auf die Verfassungsebene, da die Befugnisse zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Zivilrechtes dem Bund bereits in Art. 64 Abs. 2 BV übertragen worden sind. Zweitens ist die Vorlage - im Gegensatz zur geltenden Regelung (545) - einseitig auf die Interessen der Arbeitnehmer ausgerichtet, was dem Gemeinschaftsverhältnis des Arbeitsvertrages widerspricht. Drittens bedeutet die allfällige Ausführung dieser Vorlage eine derartige Beschneidung des Prinzips der Vertragsfreiheit, dass sich daraus eine erhebliche Einschränkung der unternehmerischen Freiheit ergäbe. (546) Durch diese Vorlage würde indirekt massiv

(545) Art. 336e-g OR.

(546) Gl.M. NZZ Nr. 231 vom 4./5. Oktober 1980, 34.

in die Handels- und Gewerbefreiheit eingegriffen, (547) die ja nicht bloss die Freiheit zur Aufnahme einer Wirtschaftstätigkeit sondern auch die Freiheit zu deren Einschränkung und Aufgabe garantiert.

Gemäss Art. 336g Abs. 1 OR steht derjenigen Vertragspartei, der wegen obligatorischem schweizerischem Militär- oder Zivilschutzdienst das Arbeitsverhältnis gekündigt wird, das Recht zu, innert dreissig Tagen seit Empfang der Kündigung, aber auf jeden Fall spätestens bis zum Ende der Kündigungsfrist, bei der kündigenden Partei schriftlich Einsprache zu erheben.

Der sachliche Kündigungsschutz steht zwar theoretisch sowohl dem Vermittlungsagenten als auch dem Versicherer zu. (548) In der Praxis ist es aber kaum vorstellbar, dass ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis nur darum kündigt, weil sein Arbeitgeber Militär- oder Zivildienst zu leisten hat.

Anders als beim zeitlichen Kündigungsschutz ist bei der sachlichen Begrenzung des Kündigungsrechtes weder die Kündigung nichtig, noch wird der Lauf der Kündigungsfrist unterbrochen. (549) Die vom Gesetz vorgesehene Sanktion, für den Fall, dass die Parteien sich trotz form- und fristgerechter Einsprache des Gekündigten über die Aufhebung der Kündigung nicht einigen können, ist der Anspruch auf Entschädigung des

(547) Art. 31 Abs. 1 BV.

(548) Botschaft Arbeitsvertrag, 387.

(549) Art. 336g Abs. 2 OR 1. Halbsatz.

Gekündigten. (550) Diese Entschädigung ist vom Richter nach seinem Ermessen festzulegen, wobei ihm das Gesetz einerseits eine abstrakte Ermessensauflage macht und ihm vorschreibt, dass er die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen habe. Andererseits wird das richterliche Ermessen konkret dadurch beschränkt, dass das Entschädigungsmaximum auf den Betrag von sechs Monatslöhnen des Arbeitnehmers begrenzt ist. (551)

Im Interesse einer möglichst raschen Abklärung der Rechtslage (552) hat der Gesetzgeber den Entschädigungsanspruch einer kurzen Verwirkungsfrist von dreissig Tagen seit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterworfen. (553)

Die Beweislastverteilung ergibt sich aus Art. 8 ZGB. (554) Da der Gekündigte einen Entschädigungsanspruch geltend macht, hat er zu beweisen, dass eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336g OR vorliegt.

5.9 Abgangsentschädigung

Die Einführung der Abgangsentschädigung für ältere, langjährige Mitarbeiter stellt eine der wichtigsten Neuerungen des revidierten Arbeitsvertragsrechtes dar. (555) Sie dient dem Schutz des Arbeitnehmers gegen unsoziale und missbräuchliche Kündigung. (556) Wohl nicht zu übersehen ist die Absicht des Gesetzgebers, durch die konkrete gesetzliche Ausgestaltung der Bedingungen für die Abgangsentschädigung

(550) Art. 336g Abs. 2 OR 2. Halbsatz.

(551) Art. 336g Abs. 2 OR.

(552) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 387.

(553) Art. 336g Abs. 4 OR.

(554) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 386.

(555) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 395.

(556) Schweingruber, Art. 339b, N. 1.

einen sanften Druck auf den Ausbau der betrieblichen Personalvorsorge auszuüben. (557)

Der Anspruch auf Abgangsentschädigung von mindestens zwei Monatslöhnen (558) steht jedem Arbeitnehmer von mindestens fünfzig Jahren nach einer Betriebsangehörigkeit von zwanzig oder mehr Dienstjahren bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu. (559) Stirbt der Arbeitnehmer, der diese Voraussetzungen erfüllt, während der Vertragsdauer, so steht sein Anspruch seiner Ehefrau, seinen minderjährigen Kindern oder bei deren Fehlen anderen Personen zu, denen gegenüber der Arbeitnehmer unterstützungspflichtig war. (560)

Die Höhe der Entschädigung kann durch die Parteien oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag grundsätzlich frei bestimmt werden. (561) Zum Schutze des Arbeitnehmers hat der Gesetzgeber allerdings eine Mindestentschädigung von zwei Monatslöhnen zwingend festgelegt. Haben sich die Parteien über die Höhe der Entschädigung nicht ausgesprochen, so ist diese vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem letztbezogenen (562) Lohn für acht Monate entspricht. (563) Unter den zu würdigenden Umständen hat der Richter insbesondere "die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers und seine Unterstützungs-

(557) vgl. dazu Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 395 und insbesondere die Ausschlussvoraussetzungen in Art. 339d OR.

(558) Der Entwurf sah lediglich eine Mindestentschädigung von einem Monatslohn vor (vgl. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 396).

(559) Art. 339b Abs. 1 OR.

(560) Art. 339b Abs. 2 OR. Die Ausdehnung des Anspruches auf diejenigen Personen, für die der Arbeitnehmer unterstützungspflichtig war, kam erst im Parlament zustande (vgl. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 396).

(561) Art. 339c Abs. 1 OR; Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 396.

(562) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 396.

(563) Art. 339c Abs. 2 OR.

pfllichten, seine Stellung im Betrieb oder Haushalt, die Aussichten für sein wirtschaftliches Fortkommen, aber auch die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers" zu berücksichtigen. (564)

Die Entschädigung kann auch unter die Mindestgrenze herabgesetzt werden oder gar wegfallen, falls der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund gekündigt hat, oder wenn er vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund fristlos entlassen wurde. Auch die Tatsache, dass der Arbeitgeber durch die Leistung der Abgangsentschädigung in eine Notlage geraten würde, kann Anlass zu einer Herabsetzung durch den Richter sein. (565)

Die Abgangsentschädigung wird mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig. Die Fälligkeit kann aber durch schriftliche Abrede oder sogar durch den Richter hinausgeschoben werden. (566) Der richterliche Aufschub der Fälligkeit kann sowohl im Interesse des Arbeitnehmers (Erhaltung der Vorsorgemittel) als auch mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers gegeben sein. (567)

Zu beachten ist besonders, dass dort wo der Arbeitgeber schon im Laufe des Vertragsverhältnisses Teilzahlungen für die Abgangsentschädigung leistet, die Entschädigung im Zeitpunkt der Vertragsauflösung für den Arbeitnehmer noch greifbar und verfügbar sein muss, ansonsten der Arbeitgeber Gefahr läuft, die Entschädigung doppelt entrichten zu müssen. (568)

(564) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 396f.

(565) Art. 339b Abs. 3 OR.

(566) Abs. 339c Abs. 4 OR.

(567) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 397.

(568) BGE 105 II 283ff.

Keine Abgangsentschädigung ist zu leisten, wenn der Arbeitnehmer durch Personalfürsorgeleistungen künftige Renten erhält, allerdings nur dann und insoweit, als die zu erbringenden Vorsorgeleistungen die vom Arbeitgeber geleisteten Beiträge übersteigen. (569) Mit dieser Einschränkung soll ausgeschlossen werden, dass der Arbeitgeber von der Leistung einer Abgangsentschädigung befreit wird, wenn seine eigenen Leistungen an die Personalfürsorgeeinrichtung zur Erbringung der Vorsorgeleistungen gar nicht oder nur teilweise benötigt werden.

Sofern der Versicherer dem Vermittlungsagenten zukünftige Vorsorgeleistungen verbindlich zusichert oder durch einen Dritten zusichern lässt, wird er im Umfange des Wertes dieser zugesicherten Vorsorgeleistung von der Auszahlung einer Abgangsentschädigung befreit. (570)

5.10 Prozessrechtliche Vorschriften

Anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechtes hat der Gesetzgeber mit Art. 343 OR auch Vorschriften zum Zivilprozessrecht aufgestellt, an die die Kantone beim Vollzug des Arbeitsvertragsrechtes gebunden sind.

Die erste Bestimmung betrifft den Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. (571) Danach steht dem Kläger die Wahl zu, ob er den Beklagten an dessen ordentlichen Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. des statutarischen Sitzes (572) oder beim zuständigen Gericht am Ort des Betriebes belangen will, für den der Vermittlungsagent Arbeit

(569) Art. 339d Abs. 1 OR.

(570) Art. 339d Abs. 2 OR.

(571) Art. 343 Abs. 1 OR.

(572) Art. 59 Abs. 1 BV.

leistet. Für den Vermittlungsagent ergibt sich ein echtes Wahlrecht aber nur in den Fällen, wo er seine Arbeitsleistung entweder im Betrieb einer natürlichen Person, die ihren Wohnsitz nicht am Betriebsort hat oder aber für eine Filiale einer juristischen Person erbringt. Damit steht fest, dass das Wahlrecht insbesondere dem Versicherer Vorteile bringt. Er muss den Arbeitnehmer nicht an dessen Wohnsitz ins Recht fassen; er kann sich vielmehr auf den Gerichtsstand der eigenen Betriebsstätte berufen.

Besonders wichtig ist die Tatsache, dass der Gerichtsstand des Betriebsortes auch für Klagen des Versicherers gegen den Vermittlungsagenten gilt, deren Rechtsanspruch erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht. So können alle Klagen aus Konkurrenzverbotsverletzungen auch am Betriebsort erhoben werden. (573)

Der Bundesgesetzgeber schreibt den Kantonen im weiteren vor, für kleinere Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis mit einer oberen Streitwertgrenze von fünftausend Franken ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen. (574) Der massgebliche Streitwert bemisst sich ausschliesslich nach der eingeklagten Forderung, eine allfällige Widerklage fällt für die Ermittlung dieses Streitwertes nicht in Betracht. (575)

Das in Art. 343 Abs. 2 OR vorgeschriebene einfache Verfahren kommt aber nur dann zur Anwendung, wenn die bei der Klageeinleitung erhobene Forderung die Streitwertgrenze von fünftausend Franken nicht übersteigt. Wird eine höhere For-

(573) Leitsätze von Entscheiden des Arbeitsgerichtes Zürich aus den Jahren 1977 und 1978, in SJZ 76 (1980), 263f.

(574) Art. 343 Abs. 1 OR. Vgl. zum Vollzug dieser Vorschrift in den einzelnen Kantonen: Schneiter, 44ff.

(575) Art. 343 Abs. 2 OR 2. Halbsatz.

derung eingeklagt, die später durch Teilvergleich, Teilanerkennung oder Teilrückzug unter die gesetzliche Streitwertgrenze reduziert wird, so beeinflusst dies weder die mit der Klageeinleitung begründete Zuständigkeit des Gerichts noch das eingeschlagene Verfahren. (576)

Für Streitigkeiten aus dem Einzelarbeitsvertrag mit einem eingeklagten Streitwert von weniger als fünftausend Franken darf der Richter den Parteien weder Gerichtsgebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegen. (577) Führt aber eine Partei den Prozess mutwillig, so kann der Richter sie allerdings büssen und ihr die Gerichtsgebühren und Auslagen ganz oder teilweise auferlegen. (578) Die Unentgeltlichkeit des Verfahrens gilt aber nicht bloss für das Hauptverfahren sondern auch für allfällige Streitigkeiten über prozessuale Nebenpunkte. (579)

Die wichtigste Prozessrechtsbestimmung im Arbeitsvertragsrecht ist aber die vorgeschriebene Anwendung der Officialmaxime. Der Richter hat den Sachverhalt für alle Streitigkeiten aus Einzelarbeitsverhältnissen ungeachtet des eingeklagten Streitwertes von Amtes wegen festzustellen und die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen. (580)

Zu beachten ist aber, dass das kantonale Prozessrecht den Parteien die Behauptungslast ausdrücklich auferlegen und sie verpflichten kann, die für ihre Behauptungen erheblichen Beweismittel beizubringen. (581) Trotzdem hat aber der Rich-

(576) BGE 100 II 358f.

(577) Art. 343 Abs. 3 OR, 1. Halbsatz.

(578) Art. 343 Abs. 3 OR, 2. Halbsatz.

(579) BGE 104 II 223 (hier für eine abgewiesene Beschwerde gegen eine Vorladungsverfügung des Friedensrichters).

(580) Art. 343 Abs. 4 OR.

(581) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 407.

ter neben den Parteien den Sachverhalt ebenfalls zu erfor-
schen. Er ist an die Beweisanträge der Parteien nicht ge-
bunden und erhebt die erforderlichen Beweise von Amtes we-
gen. (582)

Die Prozessrechtsbestimmungen in Art. 343 OR sind aber bloss
dispositiver Natur. Es steht den Parteien deshalb frei, die-
jenigen Vorschriften, die sie und nicht das Verfahren be-
treffen, durch Vertragsabrede anders festzulegen. Der Par-
teiabrede kann aber nur der Gerichtsstand offenstehen. Es
steht den Parteien deshalb frei, anstelle der in Art. 343
Abs. 1 OR festgelegten Gerichtsstände einen einheitlichen
oder gar einen anderen Gerichtsstand zu bestimmen. Diese
Abrede hat allerdings schriftlich zu erfolgen.

Die Prozessrechtsbestimmungen von Art. 343 OR sind jedoch
auf Verfahren gegen die Fürsorgeeinrichtung nicht anwend-
bar, da die Fürsorgeeinrichtung gestützt auf Art. 331 Abs.
2 OR eine vom Arbeitgeber verschiedene Rechtsperson sein
muss. (583)

6. Der Handelsreisendenvertrag im Besonderen

6.1 Subsidiarität der arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen

Die Bestimmungen des Handelsreisendenvertragsrechtes (584)
wurden mit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes vom 25.
Juni 1971 aus dem damit aufgehobenen Bundesgesetz über das
Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vom 13. Juni 1941
(HRAG) ins Arbeitsvertragsrecht übernommen. Dabei wurde er-

(582) Schweingruber, Art. 343, N. 4.

(583) Sten. Bull. NR 1969, 852ff; Meyer Beat, 147; Schweingruber,
Art. 343, N. 1.

(584) Art. 347 - 350a OR.

kannt, dass verschiedene Bestimmungen des HRAG (585) auch für andere Einzelarbeitsverhältnisse von Bedeutung sind, weshalb diese Vorschriften unter die allgemeinen Bestimmungen über den Einzelarbeitsvertrag Aufnahme fanden. (586)

Aus diesem Grunde sind die allgemeinen Bestimmungen über den Einzelarbeitsvertrag auch auf den Handelsreisendenvertrag als ergänzend anwendbar erklärt worden. (587) Damit sind die Bestimmungen des Handelsreisendenvertragsrechtes als *lex specialis* und diejenigen des allgemeinen Einzelarbeitsvertragsrechtes als *lex generalis* zu qualifizieren. Wo das spezielle Handelsreisendenvertragsrecht keinen Aufschluss über eine bestimmte Rechtsfrage gibt, ist als subsidiäres Recht das allgemeine Arbeitsvertragsrecht beizuziehen. (588)

6.2 Bedeutung der vorgeschriebenen Schriftlichkeit des Vertrages (589)

In Art. 347a Abs. 1 OR wird für den Handelsreisendenvertrag eine schriftliche Regelung verlangt, die insbesondere die Dauer und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die Vollmacht des Handelsreisenden, sein Entgelt und den Auslagenersatz, das anwendbare Recht und den Gerichtsstand festlegen soll. Letzteres allerdings nur dann, wenn eine Vertragspartei ihren Wohn- oder Geschäftssitz im Ausland hat.

Die vorgeschriebene Schriftform ist aber nicht Gültigkeitsvoraussetzung. (590) Wäre dies der Fall, so hätte das zur

(585) z.B. Auszahlung von Provisionen, Spesenersatz.

(586) Schweingruber, vor Art. 347.

(587) Art. 355 OR.

(588) Art. 319ff OR.

(589) vgl. auch oben Abschn. 1.2 und 1.3 lit. b.

(590) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 410; Botschaft HRAG, 1331.

Folge, dass durch das Vorliegen einer mündlichen Abrede dem Handelsreisenden der dringend notwendige Schutz (591) verloren ginge, den ihm das Gesetz gewähren will. (592)

Die Rechtsfolge für die Unterlassung der schriftlichen Abrede hat der Gesetzgeber in Art. 347a Abs. 2 OR dahingehend geregelt, dass eine mündliche Abrede unbeachtlich ist, und an deren Stelle zwingend die gesetzlichen Vorschriften sowie die für solche Vertragsverhältnisse üblichen Abreden treten. Diese Rechtsfolge muss auch eintreten, wenn die mündliche Abrede für den Vermittlungsagenten günstiger wäre, als die gesetzliche Regelung. Beruft sich aber in einem solchen Fall der Versicherer auf die Ungültigkeit der mündlichen Abrede, so ist zu prüfen, ob nicht ein Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB vorliegt. (593)

Mündliche Abreden sind allerdings gültig, soweit sie den Vertragsbeginn, die Art und das Gebiet der Reisetätigkeit regeln sowie für weitere Vertragsbestimmungen, die weder mit dem Gesetz noch mit dem schriftlichen Vertrag im Widerspruch stehen. (594)

6.3 Anspruch des Vermittlungsagenten auf ein festes Gehalt

Beim Erlass des Handelsreisendenvertragsgesetzes galt die Bestimmung, wonach der Vermittlungsagent Anspruch auf ein festes Gehalt habe, (595) als "Perle" des Gesetzes. (596) Dadurch sollte künftig vermieden werden, dass der Handels-

(591) Botschaft HRAG, 1323f.

(592) Botschaft HRAG, 1331.

(593) Schweingruber, Art. 247a, N. 3.

(594) Art. 347a Abs. 3 OR.

(595) Art. 9 Abs. 1 HRAG (heute Art. 349a Abs. 1 OR).

(596) Sten. Bull. NR 1969, 82 (NR Schmid).

reisende das Risiko für den wirtschaftlichen Erfolg seiner Tätigkeit zu tragen habe. Ziel war also die Beseitigung des "Provisionsunwesens". (597)

Art. 9 HRAG ist anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechtes materiell unverändert in Art. 349a OR übernommen worden. (598)

Der Vermittlungsagent, der als Handelsreisender angestellt ist, hat somit zwingend Anspruch auf ein vertraglich festgelegtes, festes Gehalt, das durch Erfolgsentschädigungen in Form von Provisionen ergänzt werden kann. (599) Dabei steht es den Vertragsparteien frei, die Höhe des Fixums beliebig zu vereinbaren. (600) Es ist ihnen sogar erlaubt, schriftlich zu vereinbaren, dass der Lohn des Vermittlungsagenten ausschliesslich aus Provisionen bestehen soll. (601)

Mit dieser flexiblen Lösung hat der Gesetzgeber ein Maximum an Vertragsfreiheit bestehen lassen, gleichzeitig aber auch mögliche Umgehungstatbestände ausgeschlossen. Gemäss Art. 349a Abs. 2 OR, 2. Halbsatz, muss nämlich ein vorwiegend oder ausschliesslich aus Provisionen bestehender Lohn ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Vermittlungsagenten ergeben. Vorwiegend aus Provisionen besteht der Lohn dann, wenn mehr als fünfzig Prozent des Lohnes aus Provisionen resultieren. (602) Wie die Umfrage bei den Versicherungsgesellschaften ergeben hat, ist das im Versicherungsgewerbe fast durchwegs der Fall.

(597) Botschaft HRAG, 1338; Sten. Bull. NR 1969, 81 (NR Weber).

(598) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 411f.

(599) Art. 349a Abs. 1 OR.

(600) Botschaft HRAG, 1338; Berger, Arbeitsrecht, 2; Gruss, HRAG, 218.

(601) Art. 349a Abs. 2 OR.

(602) Botschaft HRAG, 1338; Meyer Beat, 54; Berger, Arbeitsrecht, 2.

Durch diese zwingende Gesetzesbestimmung kommt der Handelsreisende - im Gegensatz zu allen übrigen Arbeitnehmern - zu einem eigentümlichen Lohnschutz. Sind die Voraussetzungen von Art. 349a Abs. 2 OR erfüllt, so kann er vom Richter prüfen lassen, ob das ausbezahlte Entgelt seiner Tätigkeit angemessen ist. (603) Bei der Ermittlung des angemessenen Gehalts, das unabhängig vom Erfolg des Vermittlungsagenten geschuldet ist, (604) hat der Richter insbesondere auf den vom Vermittlungsagenten erbrachten Arbeits- und Zeitaufwand abzustellen. (605) Dadurch wird verhindert, dass der Versicherer für fehlenden Fleiss oder mangelnden Arbeitswillen des Vermittlungsagenten einzustehen hat. (606) Ueberdies hat der Richter auch die beruflichen Qualifikationen, (607) die Vorbildung, die Erfahrung, das Alter und die familienrechtlichen Verpflichtungen des Vermittlungsagenten zu berücksichtigen. (608) Das Entgelt wird dann als angemessen angesehen werden können, wenn es dem Vermittlungsagenten eine anständige, (609) seinem Arbeitseifer angemessene Lebenshaltung ermöglicht.

In der Praxis gewähren die meisten Versicherer ihren Vermittlungsagenten neben einem bescheidenen Fixum eine monatliche Provisonsgarantie, deren Auszahlung jeweils dem Provisionskonto des Vermittlungsagenten belastet wird. Alle Provisionen, die der Vermittlungsagent verdient, werden

(603) Berger, Arbeitsrecht, 2.

(604) Meyer Beat, 7; Schläpfer, 64; Botschaft HRAG, 1329.

(605) Botschaft HRAG, 1339; Berger, HRAG, 259; ders., Arbeitsrecht, 3; Schläpfer, 64.

(606) Berger, HRAG, 260; SVZ X, 221.

(607) Falsch ist aber die in SVZ X, 223, geäusserte Meinung, es sei auch das Vorhandensein der notwendigen beruflichen Fähigkeiten zu prüfen, wobei deren Fehlen dem Vermittlungsagenten durch Reduktion des Entgeltes anzulasten sei. Dieses Risiko hat ausschliesslich der Versicherer zu tragen. Gl.M. Berger, HRAG, 260.

(608) vgl. Schläpfer, 64; Berger, Arbeitsrecht, 3.

(609) SJZ 41 (1945), 259.

dem gleichen Konto gutgeschrieben. Allfällige Provisionsstorni werden dem Konto ebenfalls belastet. Nach einer bestimmten Periode (meistens sechs oder zwölf Monate) wird das Provisionskonto saldiert und ein allfälliger Habensaldo dem Vermittlungsagenten ausbezahlt. Weist das Provisionskonto aber einen Sollsaldo auf, d.h. hat der Vermittlungsagent unter dem Titel "Provisionsgarantie" mehr erhalten, als er an Provisionen verdient hat, übernimmt der Versicherer diesen Saldo. Damit ist das Garantiekonto zu Beginn der nächsten Periode wieder ausgeglichen.

Diese Provisionsgarantie ohne Rückgewähr durch den Vermittlungsagenten erfüllt die Funktion eines festen Gehaltes im Sinne von Art. 349a Abs. 1 OR bzw. eines Bestandteils davon. (610) Echte Erfolgsprovisionen sind folglich nur noch der ausbezahlte Aktivsaldo des Provisionsgarantiekontos. Selbstverständlich gilt auch hier die in Art. 349a Abs. 2 OR aufgestellte Bestimmung, dass das Fixum und die Provisionsgarantie zusammen mehr als die Hälfte der Gesamtschädigung ausmachen müssen, wenn die Angemessenheit des Gehaltes der richterlichen Prüfung entzogen bleiben soll.

Da die Provisionsgarantie als Bestandteil des festen Lohnes zu qualifizieren ist, wäre eine Abrede unzulässig, wonach der Vermittlungsagent einen allfälligen Negativsaldo zu erstatten habe oder wonach der Negativsaldo auf neue Rechnung vorgetragen werde, da sie dem Vermittlungsagenten das volle Umsatzrisiko überbürden würde. (611)

Die weitere Schutzbestimmung von Art. 349d Abs. 2 OR, dass eine Abrede nichtig sei, wonach der Auslagenersatz ganz oder

(610) BGE 75 II 237; Meyer Beat, 62; Berger, Arbeitsvertragsrecht, 3.

(611) vgl. dazu: Beer, 216; Meyer Beat, 78; ZR 44, Nr. 2c.

teilweise im festen Gehalt oder in der Provision eingeschlossen sei, ist überflüssig. Die gleiche Rechtslage ergibt sich schon aus der allgemeinen Bestimmung von Art. 327a Abs. 3 OR. (612)

6.4 Uebernahme des Probezeitrisikos durch den Vermittlungsagenten

Während der Probezeit (613) gestattet das Gesetz den Vertragsparteien, für die ersten beiden Monate ausschliesslich eine Provisionsentlöhnung schriftlich zu vereinbaren. (614) Dadurch soll der Versicherer die Möglichkeit erhalten, "ohne unverhältnismässiges Risiko den Reisenden auf seine Eignung zu prüfen und das Entgelt ausschliesslich von seinem Erfolg abhängig zu machen." (615) Das Probezeitrisiko wird folglich vollumfänglich auf den Vermittlungsagenten überwälzt.

Da Art. 334 Abs. 2 OR, der die Abrede einer Probezeit von höchstens drei Monaten zulässt, zweifelsohne auch auf den Handelsreisendenvertrag Anwendung findet, (616) ergibt sich für die Entlöhnung des Vermittlungsagenten während der Probezeit die etwas skurile Situation, dass er zwar für drei Monate auf Probe angestellt werden kann, während dieser Zeit aber zwei verschiedenen Lohnsystemen, nämlich während zwei Monaten der reinen Erfolgsentlöhnung und im dritten Monat der erfolgsunabhängigen Fixentlöhnung unterstehen kann. Diese Lösung ist deshalb unbefriedigend, weil der Versicherer - zur Vermeidung unliebsamer Auseinandersetzungen - durch

(612) vgl. oben Abschn. 5.5.1.2, lit. b.

(613) Maximal drei Monate (Art. 334 Abs. 2 OR).

(614) Art. 349a Abs. 3 OR.

(615) Botschaft HRAG, 1339.

(616) Art. 355 OR.

diese Differenz faktisch gezwungen wird, entweder auf die Ausschöpfung der gesetzlich zulässigen Höchstprobezeitdauer oder auf den Vorteil der für ihn risikolosen Erfolgsentschädigung während der Probezeit zu verzichten.

Dass diese Divergenz nicht unbedingt dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Art. 334 Abs. 2 OR und 349a Abs. 3 OR. (617) Beim Erlass von Art. 9 Abs. 3 HRAG betrug die im Dienstvertragsrecht vorgesehene Dauer der Probezeit zwei Monate. (618) Es bestand also Einklang zwischen den beiden Probezeitfristen. Anlässlich der Revision des Arbeitsvertragsrechtes wollte der Bundesrat die höchst zulässige Probezeitdauer für Angestellte im Monatslohn auf sechs Monate festsetzen. (619) Im Interesse der Idee des Gesetzgebers beim Erlass des HRAG hat der Bundesrat Art. 9 HRAG materiell unverändert in Art. 349a des revidierten Arbeitsvertragsrechtes übernommen. (620) Eine Ausdehnung des Probezeitrisikos zulasten des Handelsreisenden auf sechs Monate hätte erneut zu unsozialen Arbeitsbedingungen in diesem Berufszweig geführt. In der parlamentarischen Beratung ist die höchstzulässige Probezeit gemäss Art. 334 Abs. 2 OR schliesslich zwingend auf drei Monate festgelegt worden. Da die Ausweitung des Probezeitrisikos des Handelsreisenden von zwei auf drei Monate im Interesse der Kongruenz der beiden Probezeitdauern zumutbar gewesen wäre, wäre es angebracht gewesen, Art. 349a Abs. 3 OR dahingehend zu korri-

(617) Früher Art. 9 Abs. 3 HRAG.

(618) Art. 350 Abs. 1 aOR. Wobei diese Bestimmung nicht zwingend war.

(619) Art. 334 Abs. 2 des Entwurfes; vgl. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 440.

(620) Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 411f. Auf die Probezeit des Handelsreisenden (Art. 349a Abs. 3) wird hier allerdings mit keinem Wort Bezug genommen.

gieren, dass die Uebernahme des Probezeitrisikos durch den Vermittlungsagenten auf drei Monate festgelegt worden wäre. (621)

6.5 Gebietsschutz zugunsten des Vermittlungsagenten

Die Aussendienstorganisation jedes Unternehmers und insbesondere der Versicherungsgesellschaft wird im Interesse einer wirtschaftlichen und vollständigen Bearbeitung geographisch gegliedert. Dem einzelnen Aussendienstmitarbeiter wird in der Regel ein klar abgegrenzter geographischer Bereich zur Bearbeitung zugewiesen. Häufig wird allerdings als weiteres Gliederungskriterium innerhalb dieser geographischen Bereichen auch noch nach Kundenkategorien (z.B. Grossist - Detaillist; Privatkundschaft - Firmen; Kleinfirmer - Grossfirmen) unterschieden, weil für die Bearbeitung der verschiedenen Kundenkategorien erheblich unterschiedliches Fachwissen oder andere Bearbeitungsmethoden verlangt werden.

Der Gesetzgeber hat diesen Praxiserfordernissen Rechnung getragen und gleichzeitig das Problem von Kollisionen der Provisionsberechtigung gelöst. (622) Ohne anderslautende schriftliche Vereinbarung gilt der Vermittlungsagent für das ihm zugewiesene Reisegebiet oder den ihm zugewiesenen Kundenkreis als exklusiv bestellt. Der Versicherer bleibt zwar befugt, im Gebiet des Vermittlungsagenten oder mit den ihm zugewiesenen Kunden selbst Geschäfte abzuschliessen. (623)

(621) Gl. M. Meyer Beat, 29f.

(622) Art. 349 Abs. 1 OR.

(623) Art. 349 Abs. 1 OR.

Die Bedeutung eines Exklusivreisegebietes besteht für den Vermittlungsagenten darin, dass er auf allen Abschlüssen, auch wenn diese vom Versicherer direkt vorgenommen werden, vollumfänglich provisionsberechtigt ist. (624) Der Vermittlungsagent wird durch eine Aussendienstorganisation, die auf Exklusivvertretungsgebieten aufgebaut ist, aber seinerseits verpflichtet, nur Abschlüsse von Kunden zu vermitteln, die ihr wirtschaftliches Zentrum (625) in seinem Vertretungsgebiet haben. Verletzt er diese Pflicht wiederholt, so kann darin für den Versicherer ein wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses liegen. (626)

Im Versicherungsgewerbe wird das Exklusivvertretungsrecht meistens wegbedungen. (627) Es wird dem Vermittlungsagenten vielmehr ausdrücklich erlaubt, Versicherungsverträge mit Verwandten, Freunden und Bekannten zu vermitteln, die in einem anderen Vertretungsgebiet wohnen. Bezüglich der Provisionsberechtigung auf derartigen Geschäften bestehen in der Praxis verschiedene Regelungen. Bei einem Teil der Anstellungsverträge wird die Provision vollumfänglich dem vermittelnden Agenten zugewiesen, beim andern Teil wird die Provision auf solchen Geschäften zwischen dem vermittelnden und dem für das betreffende Gebiet zuständigen Agenten geteilt.

Wird dem Vermittlungsagenten im Anstellungsvertrag ein bestimmtes Vertragsgebiet zugewiesen, so kann der Versicherer - weil es sich um eine Vertragsabrede handelt, für die über-

(624) Botschaft HRAG, 1337; Gruss, HRAG, 284f; Meyer Beat, 51.

(625) Burnand, 60.

(626) Meyer Beat, 50.

(627) Zum gleichen Schluss kommt auch Burnand, 61.

einstimmender Parteiwille erforderlich ist - das Reisegebiet grundsätzlich nicht einseitig abändern. Drängt sich eine Aenderung des Reisegebietes auf, so hat der Versicherer dem Vermittlungsagenten diese Vertragsänderung vorzuschlagen. Willigt der Vermittlungsagent in diese Aenderung nicht ein, so bleibt dem Versicherer nichts anderes übrig, als das Arbeitsverhältnis mit dem Vermittlungsagenten auf den ordentlichen Kündigungstermin zu kündigen.

Im Gesetz wird aber eine Ausnahme von dieser Regelung zugelassen. (628) Der Versicherer ist zur einseitigen Aenderung des Vertragsgebietes insoweit befugt, als ein begründeter Anlass (629) dazu vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist besteht. Dem Vermittlungsagenten bleiben in einem solchen Fall die Ansprüche auf Ersatz des ihm entstehenden Schadens sowie das Recht zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewahrt. (630)

Da Art. 349 OR nur dispositives Recht enthält, sind anderslautende Abreden auf jeden Fall zulässig. (631) Im Versicherungsgewerbe bedingt sich der Versicherer in der Regel auch das Recht aus, das Vertragsgebiet des Vermittlungsagenten jederzeit einseitig zu ändern. Gegen diese Abrede ist nichts einzuwenden. Unzulässig ist hingegen die in verschiedenen Verträgen enthaltene Klausel, wonach der Vermittlungsagent keinerlei Rechte und Entschädigungsansprüche infolge einseitiger Aenderung des Vertragsgebietes geltendmachen könne.

(628) Art. 349 Abs. 2 OR.

(629) Meyer Beat, 52, sieht einen begründeten Anlass darin, dass Unstimmigkeiten zwischen dem Vermittlungsagenten und der Kundschaft bestehen oder dass sich eine Neuorganisation des Aussendienstes aufdrängt. Gl. M. Hagmann, 48.

(630) Art. 349 Abs. 2 OR, 2. Halbsatz.

(631) Schweingruber, Art. 329, N. 3.

Einerseits kann in einer Aenderung des Tätigkeitsgebietes eine absichtliche Schädigung des Vermittlungsagenten durch den Versicherer liegen, deren Haftung der Versicherer rechtsgültig nicht im voraus wegbedingen kann. (632) Andererseits steht dem Vermittlungsagenten gestützt auf Art. 337 OR das unentziehbare Recht zu, (633) das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos aufzulösen, falls ein wichtiger Grund vorliegt, dessen Vorhandensein ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar macht.

Nimmt der Versicherer eine einseitige Aenderung des Vertragsgebietes gestützt auf eine entsprechende vertragliche Bestimmung vor, kann darin allerdings kein vertragswidriges Verhalten liegen. Die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung des Vertrages sind deshalb vom Richter unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen zu bestimmen. (634)

6.6 Delcredere-Haftung des Vermittlungsagenten

Im Handelsreisendenvertragsrecht sind Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich nichtig, (635) wonach der Handelsreisende für die Erfüllung der Verbindlichkeiten durch die Kunden einzustehen habe oder die Kosten der Einbringung von Forderungen zu tragen habe.

Für den Kleinreisenden (636) und den Versicherungsvermittlungsagenten gestattet der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen und innert festgelegter Grenzen eine Delcredere-

(632) Art. 100 Abs. 1 OR.

(633) Art. 337 Abs. 1 und 2 OR enthalten absolut zwingendes Recht (Art. 361 OR).

(634) Art. 337b Abs. 2 OR.

(635) Art. 348a Abs. 1 OR.

(636) Botschaft HRAG, 1334.

abrede oder eine Abrede, dass der Vermittlungsagent einen Teil der Betreibungs- und Verfahrenskosten zu tragen habe. (637)

Als Kleinreisenden gelten diejenigen Handelsreisenden, die Geschäfte mit Privatkunden abschliessen. (638) Unter diese Kategorie kann der Versicherungsvermittlungsagent schon deshalb nicht fallen, weil er keine Versicherungsverträge abschliesst. Damit wäre eine Abrede darüber, dass der Versicherungsvermittler für die Zahlungsfähigkeit der von ihm vermittelten Kunden einzustehen habe nichtig.

Während bei einem Handels- oder Fabrikationsunternehmen der Lieferant meistens vorleistungspflichtig ist und damit ein erhebliches Zahlungsrisiko trägt, ist im Versicherungsge-
werbe in der Regel der Versicherungsnehmer vorleistungs-
pflichtig. (639) Ausserdem kann der Versicherer seine Lei-
stungspflicht sistieren, falls der Versicherungsnehmer die
fällige Prämie nicht bezahlt. Er braucht den Vertragskon-
trahenten nur schriftlich zu mahnen und auf die Säumnis-
folgen aufmerksam zu machen und erreicht damit, dass seine
Leistungspflicht nach Ablauf der Mahnfrist von vierzehn Ta-
gen ruht, sofern der Versicherungsnehmer die fällige Prämie
nicht bezahlt. (640) Der Schaden, den der Versicherer aus
einem nicht erfüllten Versicherungsvertrag erleidet, ist
deshalb äusserst gering. Er umfasst nur seine eigenen Auf-
wendungen für die Beurteilung des Risikos und für die Aus-
stellung der Police. Da der Vermittlungsagent eine bereits

(637) Art. 348a Abs. 2 und 3 OR.

(638) Art. 348a Abs. 2 OR, 1. Halbsatz.

(639) Art. 19 Abs. 3 VVG stellt eine gesetzliche Vermutung für die Vorleistungspflicht des Versicherungsnehmers auf.

(640) Art. 20 Abs. 1 und 3 VVG.

ausbezahlte Provision im Stornofall pro-rata-temporis zurückerstatten muss, (641) entsteht dem Versicherer aus dieser Position kein Schaden. Selbst wenn das befürchtete Ereignis zwischen der Absendung der Mahnung und dem Ablauf der Mahnfrist eintritt, ohne dass der Versicherungsnehmer seine Prämie bezahlt hätte, erleidet der Versicherer keinen Schaden, da er die fällige Prämie mit dem auszahlenden Schadensbetrag verrechnen kann.

Der Vermittlungsagent, der im Falle der Nichterfüllung des Versicherungsvertrages durch den Versicherungsnehmer zur Rückleistung der Provision verpflichtet werden kann, (642) hat ein Interesse daran, dass der Versicherer von seiner Rücktrittsmöglichkeit keinen Gebrauch macht, (643) sondern die Zahlung der Prämie durchsetzt. Diesem Interesse hat der Gesetzgeber in Art. 348 Abs. 3 OR teilweise Rechnung getragen. Der Versicherungsvermittlungsagent kann sich schriftlich zur Uebernahme von höchstens der Hälfte der Kosten für die Einbringung von fälligen Prämien verpflichten, deren betriebsrechtliche oder klageweise Geltendmachung er verlangt. Der Versicherer ist allerdings nicht verpflichtet, auf das Begehren des Vermittlungsagenten einzutreten. Er bestimmt also letztlich allein, ob er eine fällige Prämie eintreiben will oder nicht. (644)

Da der Anspruch auf Delcredere-Provision des Handelsreisenden nur für den Fall vorgesehen ist, dass er einen Teil des Zahlungsrisikos übernimmt, steht dem Versicherungsvermitt-

(641) vgl. oben Abschn. 5.5.1.2 lit. b.

(642) Art. 322b Abs. 1 OR in fine.

(643) Art. 20 Abs. 1 VVG.

(644) Botschaft HRAG, 1335.

lungsgesellschaften, der gestützt auf Art. 348a Abs. 3 OR die Ein-
treibung einer Versicherungsprämie beantragen kann, kein
Anspruch auf eine Delcredere-Provision zu. (645)

In keinem der verfügbaren Standardverträge verschiedener
Versicherungsgesellschaften ist eine Abrede für eine Betei-
ligung des Agenten an den Betreibungs- und Prozesskosten im
Sinne von Art. 348a Abs. 3 OR enthalten. Daraus darf ge-
schlossen werden, dass im Versicherungsgewerbe mindestens
zur Zeit von dieser Bestimmung kein Gebrauch gemacht wird.

6.7 Erweiterter Kündigungsschutz

Art. 350 OR sieht zugunsten der Vertragsparteien absolut
zwingend einen besonderen Kündigungsschutz vor, falls der
Handelsreisende in einer Branche tätig ist, deren Umsätze
erheblichen saisonalen Schwankungen unterliegen.

Da das Versicherungsgeschäft ein ausgesprochen saisonunab-
hängiges Geschäft ist, ist dieser besondere Kündigungsschutz
für die vorliegende Arbeit nicht von Interesse.

7. Der Agenturvertrag im Besonderen

7.1 Ausschluss der freien Rechtswahl

Im Gegensatz zum Arbeits- und Handelsreisendenvertragsrecht
schliesst das Gesetz für den Agenturvertrag die freie Rechts-
wahl zwingend aus. (646) Nach der positiven Kollisionsnorm
des Art. 418b Abs. 2 OR untersteht das Agenturvertragsver-
hältnis dem schweizerischen Recht, wenn sich das Tätigkeits-
gebiet des Agenten in der Schweiz befindet. Diese Kollisions-

(645) Gl. M. Meyer Beat, 113.

(646) Art. 418b Abs. 2 OR; Sten. Bull. SR 1948, 56 (SR Stüssi);
Gautschi, Art. 418a - 418b, N. 22a ff; Flückiger, 358; a.M.
Littmann 87f; Wehrli, 51f.

norm, die das Bundesgericht als zweiseitige Kollisionsnorm versteht, (647) soll den Agenten davor schützen, dass ihm die Vorteile des schweizerischen Agenturvertragsrechtes nicht durch die Wahl eines ausländischen Rechtes entzogen werden können. (648) Der Gesetzgeber hat dabei aber offenbar übersehen, dass die schweizerische Kollisionsnorm in internationalen Agenturverhältnissen nur dann zwingende Anwendung findet, wenn ein schweizerischer Gerichtsstand gegeben ist. (649) Das dürfte dann der Fall sein, wenn der Agenturvertrag ausnahmsweise eine Prorogationsklausel zugunsten des schweizerischen Gerichtsstandes enthält oder der Agent als Beklagter ins Recht gefasst wird, (650) oder wenn der Agent Guthaben des Auftraggebers bei schweizerischen Kunden mit Arrest belegt (forum arresti). (651) Muss hingegen der in der Schweiz tätige Agent seinen Auftraggeber an dessen ausländischen Gerichtsstand belangen, so hat er nur dann Anspruch auf Anwendung des schweizerischen Agenturvertragsrechtes, wenn das internationale Privatrecht der betreffenden Rechtsordnung die Anwendung des schweizerischen Rechts verlangt. (652)

7.2 Das Entgelt des Vermittlungsagenten

Wie bereits oben festgestellt, (653) ist das Entgelt des Vermittlungsagenten im Agenturvertragsrecht per definitionem grundsätzlich erfolgsabhängig. Das schliesst aber nicht aus, dass der Versicherer ihm ein bescheidenes Fixum ausrichtet oder eine beschränkte Provisionsgarantie gewährt. (654)

(647) BGE 76 II 48.

(648) Sten. Bull. SR 1948, 56 (SR Stüssi).

(649) Flückiger, 358ff.

(650) Weil er z.B. von seinem Retentionsrecht Gebrauch macht, und der Auftraggeber auf Herausgabe klagt.

(651) Gautschi; Art. 418a - 418b, N. 19a.

(652) Gl. M. Flückiger, 360.

(653) vgl. oben Abschn. 4.3.1.

(654) Botschaft AGV, 677; Burnand, 52; Wehrli, 82ff; Trinkhaus, 441; Meyer H.R. 50f; Vetsch, 284.

7.2.1 Entstehung und Fälligkeit des vereinbarten Fixums

Da im Agenturvertragsrecht eine feste, erfolgsunabhängige Entschädigung für den Vermittlungsagenten nicht vorgesehen ist, enthält das Gesetz auch keine Bestimmungen über die Entstehung und die Fälligkeit des Fixums. In der Regelung dieser Vertragsleistungen des Versicherers sind die Parteien deshalb völlig frei; die Voraussetzungen für die Entstehung und Fälligkeit eines allfälligen Fixums können folglich nur anhand der konkreten Parteivereinbarung beurteilt werden.

Fehlt eine Regelung über die Entstehung und Fälligkeit des Fixums, so ist diese Frage in Analogie zum Arbeitsvertragsrecht zu lösen, da die Vereinbarung eines festen Gehalts die Verwandtschaft des konkreten Agenturvertrages mit dem Arbeitsvertrag noch enger gestaltet.

7.2.2 Entstehung und Fälligkeit der Vermittlungsprovision

a) Während der Dauer des Vertrages

Der Anspruch auf die Vermittlungsprovision (655) entsteht, sobald das Geschäft mit dem Kunden rechtsgültig abgeschlossen ist. (656) Im Gegensatz zur arbeitsvertraglichen Regelung (657) sind die Parteien im Agenturvertragsrecht frei, die Entstehung des Provisionsanspruches anders festzulegen. Im Versicherungsagenturvertrag wird die Entstehung des Provisionsanspruches meist davon abhängig gemacht, dass der Versicherungsnehmer die Erstprämie bezahlt. (658) Es steht

(655) In der Praxis wird die Vermittlungsprovision auch gelegentlich als Abschlussprovision bezeichnet. Vgl. z.B. Wehrli, 67; Meyer H.R., 49.

(656) Art. 418g Abs. 3 OR.

(657) Art. 322b Abs. 1 OR enthält relativ zwingendes Recht.

(658) vgl. auch Burnand, 55; Berger, AGV, 70; Wehrli, 75; Meyer H.R., 47; Sigg, 29; Zürcher, 38.

den Parteien somit auch frei, durch schriftliche Abrede die Provision für Dauerschuldverhältnisse wie den Versicherungsvertrag aufzuteilen und die Entstehung der Teilprovision von der Leistung der einzelnen Prämie durch den Versicherungsnehmer abhängig zu machen. (659)

Die in der Praxis üblicherweise anzutreffende Abrede, dass der Provisionsanspruch erst mit der Zahlung der Erstprämie entstehen soll, hat den Vorteil, dass Entstehung und Fälligkeit (660) des Provisionsanspruches zeitlich zusammenfallen, womit die Stornofälle erheblich reduziert werden, und die Provisionsabrechnung übersichtlicher wird. (661) Für den Agenten ist eine solche Abrede allerdings nachteilig. Bei der in Art. 418g Abs. 3 OR vorgesehenen Entstehung des Provisionsanspruches im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hat der Versicherer, im Falle der Rückforderung der Provision zu beweisen, dass ihn an der Nichtausführung des Geschäftes kein Verschulden trifft. (662) Verabreden die Parteien dagegen, dass der Provisionsanspruch erst mit der Zahlung der Erstprämie entsteht, so trägt der Vermittlungsagent im Falle der Nichtausführung des Geschäftes die Beweislast dafür, dass der Versicherer ihn durch Verletzung der gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten schuldhaft am Verdienen der Provision verhindert hat. (663)

(659) Die gleiche Regelung ist auch im Arbeitsvertragsrecht (Art. 322b Abs. 2 OR) vorgesehen. Vgl. oben Abschn. 5.5.1.2 lit. b.

(660) vgl. Art. 418i OR.

(661) Gl. M. Berger, AGV, 70.

(662) Dür, 159; Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 13e. Gautschi ist der richtigen Ansicht, dass darin ein Nachteil für den Auftraggeber liege.

(663) Der Anspruch des Vermittlungsagenten ergäbe sich dann gestützt auf Art. 418m Abs. 1 OR. Gl. M. Gautschi, Art. 418m, N. 1a; BGE 89 II 36f.

Wie im Arbeitsvertragsrecht (664) setzt die Entstehung des Provisionsanspruches voraus, dass

- der Vermittlungsagent seine vertraglich vereinbarte Tätigkeit vertragskonform ausübt, (665) was die Entstehung eines Provisionsanspruches auf Geschäften ausserhalb des Tätigkeitsgebietes des Vermittlungsagenten grundsätzlich ausschliesst
- die Tätigkeit des Vermittlungsagenten während der Dauer des Agenturvertrages erfolgt (666)
- die Tätigkeit des Vermittlungsagenten für das Zustandekommen des Vertrages kausal ist (667)
- der Antrag des Versicherungsnehmers dem Versicherer rechtzeitig zugeht und dessen Annahmeerklärung beim Versicherungsnehmer vor Ablauf der vierzehntägigen Annahmefrist eintrifft; (668) der Versicherungsvertrag muss rechtsgültig zustandekommen. (669)

Für die Fälligkeit der Vermittlungsprovision im Versicherungsgewerbe enthält das Gesetz eine Spezialbestimmung. (670) Danach wird die Provision "nach Massgabe der Bezahlung der ersten Jahresprämie fällig." Die Parteien können jedoch formlos (671) andere Fälligkeitsbestimmungen aufstellen, was insbesondere dort erforderlich sein wird, wo sie gestützt auf Art. 418g Abs. 3 OR abweichende Entstehungszeitpunkte (z.B. gestaffelte Fälligkeit) vereinbart haben.

(664) vgl. oben Abschn. 5.5.1.2 lit. b.

(665) Wehrli, 69f; Burnand, 53; Zürcher, 34.

(666) Wehrli, 69.

(667) Botschaft AGV, 677; Hangartner, Diplomarbeit, 8; Zürcher, 23; Wehrli, 71f; Langmack, 56; Berger, AGV, 68ff; Blatter, 66ff; Schärer, 69ff; Padel, 74ff; Meister Guido, AGV, 32ff.

(668) Art. 1 Abs. 1 VVG.

(669) Botschaft AGV, 677; Wehrli, 71; Berger, AGV, 70.

(670) Art. 418i OR in fine.

(671) Botschaft AGV, 680.

Die Höhe der Provision kann durch die Parteien frei bestimmt werden. (672) Fehlt eine entsprechende Abrede, so hat der Vermittlungsagent Anspruch auf die in der betreffenden Versicherungsbranche übliche Vermittlungsprovision. (673) Dabei geht aber der Schutz des Vermittlungsagenten nach Art. 418a ff OR weniger weit als derjenige für den Handelsreisenden, der im Falle der fehlenden Abrede über die Höhe der Provision Anspruch auf ein angemessenes Entgelt hat. (674)

b) Bei Beendigung des Vertrages

In den Versicherungsagenturverträgen wird üblicherweise verabredet, dass der Provisionsanspruch gestützt auf Art. 418i OR erst nach Massgabe der Bezahlung der ersten Jahresprämie entsteht, weshalb sich im Zeitpunkt der Auflösung des Agenturvertrages die Frage stellt, was mit Bezug auf den Provisionsanspruch aus denjenigen Verträgen gilt, die der Vermittlungsagent während der Laufzeit des Agenturvertrages vermittelt hat, deren Erstprämie aber im Zeitpunkt der Vertragsauflösung noch nicht bezahlt wurde. Auf diese Provisionen hat der Vermittlungsagent gestützt auf Art. 418g Abs. 1 OR Anspruch, falls er das Geschäft während der Dauer des Agenturverhältnisses vermittelt hat, unabhängig davon, ob der vermittelte Versicherungsvertrag erst nach Beendigung des Agenturvertrages abgeschlossen und durch Zahlung der Erstprämie erfüllt wurde. (675) Allerdings entsteht der Pro-

(672) Botschaft AGV, 680.

(673) Art. 418g Abs. 1 OR. Vgl. auch Botschaft AGV, 680; Hug, Rechtsprobleme, 355.

(674) Botschaft AGV, 680; Burnand, 52.

(675) Botschaft AGV, 683.

visionsanspruch erst im Moment der Zahlung der Erstprämie also u.U. erst nach Beendigung des Agenturvertragsverhältnisses.

Die Regelung der Fälligkeit der Provisionen, die erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses entstehen, überlässt der Gesetzgeber - im Gegensatz zur einschränkenden Regelung im Arbeitsvertragsrecht (676) - der freien Parteivereinbarung, die allerdings schriftlich zu treffen ist. (677)

c) Anspruch auf Folgeprovisionen

Art. 418g Abs. 1 OR räumt dem Vermittlungsagenten den Anspruch auf Provisionen auch für diejenigen Geschäfte ein, die der Auftraggeber ohne sein Mitwirken direkt mit dem vom Vermittlungsagenten geworbenen Kunden abschliesst. Für die Entstehung dieses Provisionsanspruches ist die Kausalität zwischen der Tätigkeit des Vermittlungsagenten und dem Abschluss des Geschäftes nicht massgebend. (678)

Durch schriftliche Abrede können die Vertragsparteien den Anspruch auf Folgeprovisionen jedoch wegbedingen, (679) was im Versicherungsgewerbe durchwegs der Fall ist. (680)

d) Wegfall des Provisionsanspruches (681)

Die Provision ist definitionsgemäss eine erfolgsbedingte Entschädigung. (682) Der Vermittlungsagent soll deshalb auf

(676) Art. 339 Abs.2 OR.

(677) Art. 418f Abs. 3 OR.

(678) Wehrli, 72; Zürcher, 30; Burnand, 59.

(679) Art. 418g Abs. 1 OR.

(680) Zum gleichen Resultat gelangen Berger, AGV, 69 und Burnand, 59.

(681) vgl. auch die Ausführungen zum Wegfall des Provisionsanspruches im Arbeits- und Handelsreisendenvertragsrecht, oben Abschn. 5.5.1.2 lit. b.

(682) Gl. M. Botschaft AGV, 679f.

denjenigen Geschäften keine Provision erhalten, die nicht zur Ausführung gelangen, ohne dass der Auftraggeber das Ausbleiben des Erfolges zu vertreten hat. (683) Ist der Provisionsanspruch in diesem Zeitpunkt bereits entstanden, so fällt er wieder dahin. Hat dagegen der Auftraggeber die Provision bereits bezahlt, so wird der Vermittlungsagent rückleistungspflichtig.

Die grundsätzliche Regelung über die Provisionsrückgewähr ist praktisch identisch mit derjenigen im Arbeitsvertragsrecht, (684) wobei aber ein wesentlicher stilistischer Unterschied besteht. Gemäss Art. 322b Abs. 3 OR fällt der Provisionsanspruch nachträglich dahin, soweit der Arbeitgeber die Nichtausführung des Geschäftes verschuldet hat, währenddem in Art. 418h Abs. 1 OR verlangt wird, dass das abgeschlossene Geschäft "aus einem vom Auftraggeber nicht zu vertretenden Grunde unterbleibt."

Verschiedene Autoren (685) leiten aus dieser Formulierung von Art. 418h Abs. 1 OR ab, dass es sich bei dem vom Auftraggeber zu vertretenden Grund nicht um ein Verschulden handeln müsse. Gautschi (686) führt ein Beispiel von einer Automobilverkaufsagentur an, die Verträge für ein bestimmtes Modell abschliesst, dessen Produktion vor der Erfüllung der Verträge eingestellt wird. Er ist der Ansicht, dass hier der Auftraggeber ohne Verschulden den Grund der Nichter-

(683) Art. 418h Abs. 1 OR.

(684) Art. 322b Abs. 3 OR.

(685) Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 13c; Dürr, 158. A.M. Botschaft AGV, 679; Zürcher, 44; Burnand, 55f; Wehrli, 75; Langmack, 58.

(686) Gautschi, Art. 418g/h/i/k, N. 13c.

füllung zu vertreten habe, und somit der Provisionsanspruch des Vermittlungsagenten gestützt auf Art. 418h Abs. 1 OR nicht dahinfallen könne.

Gerade dieses Beispiel zeigt aber, dass die Ansicht von Gautschi und Dürr nicht richtig sein kann. Gemäss Art. 418f OR hat der Auftraggeber den Agenten unverzüglich davon zu benachrichtigen, dass die Produktion eines bestimmten Modells eingestellt wird, und dass folglich damit zu rechnen ist, dass Geschäfte in erheblich geringerem Umfange ausgeführt werden können. Verletzt der Auftraggeber seine Informationspflicht, so hindert er den Agenten schuldhaft daran, die Provision in dem nach den Umständen zu erwartenden Umfange zu verdienen. Gestützt auf Art. 418m Abs. 1 OR schuldet er dem Agenten zwingend eine angemessene Entschädigung für dessen Provisionsausfall. (687) Damit sind die Interessen des Agenten ausreichend geschützt. Eine weitere Auslegung von Art. 418h Abs. 1 OR, wie Gautschi und Dürr es vorschlagen, ist deshalb nicht gerechtfertigt.

Für den nachträglichen ganz oder teilweisen Wegfall der Provision des Versicherungsvermittlungsagenten gelten die in Abschnitt 5.5.1.2 lit. b gemachten Ausführungen deshalb uneingeschränkt.

7.2.3 Entstehung und Fälligkeit der Inkassoprovision

Gemäss Art. 418e Abs. 2 OR gilt der Vermittlungsagent üblicherweise nicht als ermächtigt, die Prämien vom Versicherungsnehmer entgegenzunehmen. Will der Versicherer dem Vermittlungsagenten die Pflicht zum Prämieninkasso überbinden,

(687) Gautschi, Art. 418m, N. 1a.

so hat er ihn zum Inkasso zu bevollmächtigen. Obwohl der Gesetzgeber ausdrücklich davon abgesehen hat, eine schriftliche Inkassovollmacht zu verlangen, (688) empfiehlt es sich gerade im Versicherungsgewerbe, dass der Versicherer seinem Agenten eine schriftliche Inkassovollmacht übergibt.

Zum Prämieninkasso ist jedoch festzuhalten, dass die Vermittlungsagenten aller befragten Versicherungsgesellschaften nicht generell zum Prämieninkasso bevollmächtigt werden. Im Einzelfall gilt der Vermittlungsagent als inkassobevollmächtigt, wenn ihm der Versicherer die Prämienrechnung oder die Prämienquittung für einen bestimmten Versicherungsnehmer aushändigt. (689)

Wird der Vermittlungsagent vom Versicherer zum Prämieninkasso beauftragt, so steht ihm ein gesetzlicher Anspruch auf Inkassoprovision zu. (690) Da im Gesetz keine Unterscheidung darüber getroffen wird, ob es sich um einen Inkassoauftrag im Einzelfall oder um einen generellen Inkassoauftrag handelt, besteht der Provisionsanspruch auch dann, wenn der Agent nur zu einem einzigen Inkasso beauftragt wird. Art. 4181 OR enthält aber kein zwingendes Recht, weshalb die Parteien den Anspruch auf Inkassoprovision formlos wegbedingen können. (691)

(688) Botschaft AGV, 676f.

(689) Roelli/Keller, 333.

(690) Art. 4181 Abs. 1 OR; Botschaft AGV, 681; Wehrli, 67.

(691) Die dem Verfasser vorliegenden Standard-Agenturverträge mehrerer namhafter Versicherungsgesellschaften regeln diese Frage sehr uneinheitlich. Von der generellen Wegbedingung der Inkassoprovision bis zum Stillschweigen über diesen Anspruch sind alle Schattierungen anzutreffen. Die Auffassung von Berger, AGV, 71 (die von Hangartner, Diplomarbeit, 17; Burnand, 61 und Wehrli, 79 übernommen wird), dass für das Inkasso der Erstprämie im Versicherungsgewerbe keine Inkassoprovision bezahlt werde, kann jedenfalls nicht bestätigt werden. Die von Wehrli, 79, vertretene Auffassung, dass der Anspruch auf Provision auf dem Inkasso der Erstprämie nicht einmal wegbedungen werden müsse, trifft auf keinen Fall zu.

Für die Entstehung des Anspruches auf Inkassoprovision gelten deshalb folgende Voraussetzungen:

- Der Vermittlungsagent muss vom Versicherer zum Inkasso ausdrücklich (692) beauftragt sein.
- Der Anspruch auf eine Inkassoprovision darf weder vertraglich wegbedungen sein, noch darf das provisionsfreie Inkasso in der betreffenden Branche "üblich" (693) sein.

Der Anspruch auf Inkassoprovision entsteht aber nicht schon mit der Ausführung des Inkassos, sondern erst mit der Ablieferung der eingezogenen Beträge. (694) Da der Vermittlungsagent gemäss Art. 418o Abs. 1 OR zwingend zur Verrechnung der gestützt auf eine Inkassovollmacht eingezogenen Gelder berechtigt ist, entsteht der Anspruch auf Inkassoprovision auch mit Bezug auf verrechnete Beträge. (695)

"Mit der Beendigung des Agenturvertragsverhältnisses fallen die Inkassoberechtigung des Agenten und sein Anspruch auf weitere Inkassoprovisionen dahin." (696)

Ueber die Fälligkeit der Inkassoprovision enthält das Gesetz keine Bestimmungen. In der Regel fallen Entstehung des Anspruches und Fälligkeit zeitlich zusammen, wobei die Parteien aber frei sind, einen späteren Fälligkeitstermin zu verabreden. Da die Inkassoprovisionen nicht unter die Voraussetzungen von Art. 418t Abs. 3 OR fallen können, werden sie gestützt auf Art. 418t Abs. 2 OR spätestens im Zeitpunkt der Beendigung des Agenturvertrages zur Zahlung fällig.

(692) Gautschi, Art. 418e, N. 1.

(693) Art. 418e Abs. 1 OR.

(694) Art. 418e Abs. 1 OR in fine.

(695) Botschaft AGV, 681.

(696) Art. 418l Abs. 2 OR.

Die Höhe der Inkassoprovision kann von den Parteien frei vereinbart werden. Fehlt eine entsprechende Abrede, so bestimmt sich die Höhe der Inkassoprovision wohl in Anlehnung an Art. 418g Abs. 1 OR nach dem, was in der betreffenden Branche üblich ist.

7.2.4 Entgelt bei Verhinderung des Vermittlungsagenten

a) Durch Verschulden des Versicherers

Der Versicherer, der seine vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten schuldhaft verletzt und dadurch den Vermittlungsagenten daran hindert, die Provision im vereinbarten oder in dem "nach den Umständen zu erwartenden Umfang zu verdienen", hat dem Vermittlungsagenten "eine angemessene Entschädigung" zu bezahlen. (697) Dieser Entschädigungsanspruch des Vermittlungsagenten ist unabdingbar. (698)

Unter der angemessenen Entschädigung darf allerdings nicht dasselbe verstanden werden, wie unter dem "angemessenen Entgelt", auf das der Handelsreisende unter den Voraussetzungen von Art. 349a Abs. 2 OR Anspruch hat. (699)

Die Entschädigung des Vermittlungsagenten gemäss Art. 418m Abs. 1 OR hat mit Bezug auf die Bemessungsgrundlage angemessen zu sein. Als Bemessungsgrundlage dient der "vereinbarte oder nach den Umständen zu erwartende Umfang der Provision." (700) Nicht wesentlich ist aber, dass der Vermittlungsagent durch die Entschädigung seinem Arbeitsaufwand angemessen entschädigt wird.

(697) Art. 418m Abs. 1 OR.

(698) Art. 418m Abs. 1 OR in fine.

(699) vgl. oben Abschn. 6.3.

(700) Gl. M. Zürcher, 66; Wehrli, 81; a.M. Burnand, 50, der eine zu Art. 324 Abs. 2 OR analoge Bemessung der Entschädigung unter Berücksichtigung aller Umstände fordert, wobei insbesondere das Einkommen aus anderen Tätigkeiten des Agenten zu berücksichtigen sei. Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da sonst der Schutz des Agenten weniger weit geht, als dies nach Art. 97ff OR der Fall wäre.

Die Unabdingbarkeit dieser Schutzvorschrift hat für den Versicherer zur Konsequenz, dass er für jedes Verschulden haftet. Eine Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, wie sie gestützt auf Art. 100 OR möglich wäre, ist ungültig. (701)

b) Durch Gründe die in der Person des Vermittlungsagenten liegen

Der Gesetzgeber hat anerkannt, dass der Einfirmentagent in einem ähnlich starken wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis steht, wie der Arbeitnehmer. Deswegen erteilt er dem Vermittlungsagenten, dem es durch schriftliche Abrede unter-
sagt ist, für andere Auftraggeber tätig zu sein, (702) "für verhältnismässig kurze Zeit" Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach Massgabe des eingetretenen Verdienstauffalles, falls der Vermittlungsagent ohne eigenes Verschulden durch Krankheit, schweizerischen Militärdienst (703) oder aus ähnlichen Gründen (704) an der Arbeit verhindert wird. (705) Weitere Voraussetzung ist, dass das Agenturverhältnis mindestens ein Jahr gedauert hat.

Die Dauer der Entschädigungspflicht des Versicherers hängt in Analogie zu Art. 324a OR von der bisherigen Dauer des Agenturverhältnisses ab. (706)

-
- (701) Die Meinung von Wehrli, 79, dass Art. 418m Abs. 1 OR eine überflüssige Bestimmung sei, kann aus diesem Grunde nicht geteilt werden.
(702) Botschaft AGV, 681.
(703) Wohl auch schweizerischer Zivilschutzdienst. Gl.M. Burnand, 51.
(704) Art. 418m Abs. 2 OR.
(705) Etwas zu weit geht die Auffassung von Meister Guido, AGV, 46, Anm. 1, der unter die ähnlichen Gründe auch die Naturkatastrophen und die Streiks subsumieren will. Diese Auffassung ist abzulehnen, weil diese Gründe nicht in der Person des Agenten liegen. Gl. M. Wehrli, 82.
(706) Gl. M. Berger, AGV, 72; Burnand, 51.

Bemessungsgrundlage ist der eingetretene Verdienstausschlag. (707) Dieser wird in der Praxis am einfachsten so ermittelt, dass aufgrund der Provisionseinnahmen des Agenten während einer bestimmten Dauer vor der Arbeitsverhinderung (z.B. während der letzten zwölf Monate) der durchschnittliche monatliche Verdienst berechnet wird. (708) Im Maximum hat der Agent aber Anspruch auf den vollen Ausgleich des so ermittelten Verdienstausschlages. (709)

Zum Schutze des Agenten ist diese Gesetzesbestimmung zwingend ausgestaltet. (710)

7.3 Exklusivvertretungsrecht des Vermittlungsagenten

Räumt der Auftraggeber dem Vermittlungsagenten ein Exklusivvertretungsrecht für ein bestimmtes Gebiet oder einen bestimmten Kundenkreis ein, so besteht der Provisionsanspruch des Vermittlungsagenten auf allen Geschäften, die mit Kunden aus dem Vertragsgebiet oder des bestimmten Kundenkreises während der Dauer des Agenturverhältnisses abgeschlossen werden. (711) Auf das Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen der Tätigkeit des Vermittlungsagenten und dem Abschluss des Geschäftes wird damit vollumfänglich verzichtet. (712)

(707) Art. 418m Abs. 2 OR.

(708) Eine ähnliche Regelung sieht Art. 418u Abs. 2 OR für die Berechnung der Abgangsentschädigung vor.

(709) Für die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bleibt damit wenig Raum. Unzutreffend ist jedenfalls die Ansicht Wehrli's, 82, dass nicht bloss auf die entgangene Provision abzustellen sei, sondern vielmehr auch soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen seien. Diese Ansicht steht im klaren Widerspruch zum Gesetzestext.

(710) Art. 418m Abs. 2 OR letzter Satz.

(711) Art. 418q Abs. 3 OR.

(712) Botschaft AGV, 678; Meister Guido, AGV, 35, Hangartner, Diplomarbeit, 9.

Im Versicherungsaussendienst ist es nicht üblich, dem Agenten ein Exklusivvertretungsrecht einzuräumen, (713) hingegen profitiert ein Vermittlungsagent normalerweise vom Abschluss eines anderen Agenten mit einem Kunden aus seinem Vertretungsgebiet dadurch, dass die Police in den Bestand des für das Gebiet zuständigen Agenten übergeht, und er aus allfälligen Anpassungen des Vertrages, die auf seine Initiative zurückgehen, einen Provisionsanspruch erwirbt.

Verschiedene Versicherungsgesellschaften teilen sogar die Vermittlungsprovision in solchen "Uebergreifsfällen" nach einem vertraglich festgelegten Schlüssel zwischen dem vermittelnden Agenten und dem für das betreffende Gebiet zuständigen Agenten auf.

Zu beachten ist, dass dem Vermittlungsagenten das Exklusivvertretungsrecht aber im Zweifelsfalle von Gesetzes wegen zusteht. Das Ausschliesslichkeitsrecht kann nur durch schriftliche Abrede wegbedungen werden. (714).

7.4 Informationspflicht des Versicherers

Der Vermittlungsagent wird im Agenturvertragsrecht in der Regel ausschliesslich nach dem erzielten Erfolg entschädigt und hat überdies alle Aufwendungen, die mit der Erzielung des Erfolges zusammenhängen, selbst zu tragen. (715) Es entspricht deshalb der Sorgfaltspflicht des Versicherers, (716) den Vermittlungsagenten über alle Umstände zu informieren,

(713) vgl. dazu oben Abschn. 6.5.

(714) Art. 418f Abs. 3 OR. Die gesetzliche Regelung ist damit strenger, als dies im Entwurf vorgesehen war. Vgl. Botschaft AGV, 678.

(715) Art. 418n Abs. 1 OR.

(716) Botschaft AGV, 677.

die den Versicherer daran hindern, die vom Agenten vermittelten Geschäfte nicht oder nicht im vereinbarten oder erwarteten Umfange abzuschliessen. (717) Der Gesetzgeber hat diese Informationspflicht des Versicherers in Art. 418f Abs. 2 OR zum Schutze des Agenten kodifiziert.

Weil der "Verkauf" eines Versicherungsvertrages erheblichen Arbeitsaufwand des Vermittlungsagenten erfordert, besteht für den Versicherer die gesetzliche Informationspflicht nicht bloss dann, wenn er eine bestimmte Versicherungsbranche aufgibt. Er hat den Vermittlungsagenten vielmehr über alles zu informieren, was für dessen Tätigkeit von Belang sein könnte. (718) Dazu gehören insbesondere Informationen über Aenderungen der Versicherungsbedingungen und über Tarifänderungen. Er hat dem Vermittlungsagenten ferner frühzeitig über die Aufnahme neuer Risikokategorien zu informieren, damit der Vermittlungsagent bei den laufenden Vertragsverhandlungen bereits die spätere Aufnahme der neuen Risikokategorie abklären und vorbereiten kann. Ueberdies hat der Versicherer den Vermittlungsagenten über grundsätzliche Versicherungsrechtsfragen, insbesondere über Entscheidungen namhafter Gerichte zu informieren, selbst wenn diese Entscheidungen zuungunsten des Versicherers gefällt wurden. (719)

Verletzt der Versicherer seine Informationspflicht, so hat er den Vermittlungsagenten für einen allfälligen Provisionsausfall gestützt auf Art. 418m Abs. 1 OR angemessen zu entschädigen. (720)

(717) Zu denken ist etwa an die Aufgabe einer Versicherungsbranche aus Rentabilitätsgründen.

(718) Bruck-Möller, N. 243 vor §§ 43-48 dVVG.

(719) vgl. auch Wehrli, 65.

(720) Botschaft AGV, 677.

7.5 Haftung des Vermittlungsgenten

Die Haftung des Vermittlungsagenten gegenüber dem Versicherer wird unten in Kap. V., Abschn. 4.1. behandelt.

7.6 Delcredere-Haftung des Vermittlungsagenten

Im Gegensatz zum Handelsreisendenvertragsrecht (721) ist im Agenturvertragsrecht eine Abrede grundsätzlich zulässig, wonach auch der Vermittlungsagent für die Zahlung der Kunden einzustehen oder die Kosten der Eintreibung der Forderung zu tragen habe. Einzige Voraussetzung der Delcredere-Haftung ist, dass die Abrede schriftlich getroffen wird. (722)

Uebernimmt der Vermittlungsagent das Delcredere-Risiko, so hat er einen unabdingbaren Anspruch auf ein besonderes Entgelt. (723)

In der Bestimmung der Delcredere-Provision sind die Parteien aber nicht frei. Das Entgelt ist eine Risikoprämie für den Vermittlungsagenten und muss dem von ihm übernommenen Risiko angemessen sein. Da der Agent durch die Uebernahme des Delcredere-Risikos zum Kreditversicherer wird, ist ihm zumindest die Provision zu vergüten, die eine Kreditversicherung für das betreffende Kreditrisiko kosten würde. (724) In der Praxis wird entweder eine Jahrespauschale (725) oder eine Zusatzprovision zur Vermittlungsprovision (726) verabredet.

(721) Art. 348a Abs. 1 OR.

(722) Art. 418c Abs. 3 OR.

(723) Art. 418c Abs. 3 OR letzter Satz. Der Entwurf des Bundesrates (vgl. Botschaft AGV, 675 und 689) sah noch vor, dass die Vereinbarung einer Delcredere-Provision lediglich Gültigkeitsvoraussetzung für das Delcredere-Stehen des Vermittlungsagenten sei. Von einer angemessenen Provision wollte der Bundesrat bewusst absehen (Botschaft AGV, 675).

(724) Gautschi, Art. 418c, N. 9c.

(725) In Prozenten des Umsatzes. Meister Guido, AGV, 42, nennt einen Provisionssatz von 0,5-2,0% des Umsatzes.

(726) Gautschi, Art. 418c, N. 9a.

Ueber die Entstehung und die Fälligkeit der Delcredere-Provision enthält das Gesetz keine Vorschriften, so dass die Parteien in der diesbezüglichen Abrede grundsätzlich frei sind. Fehlt eine Abrede, so sind die Bestimmungen der Art. 418g Abs. 3 und 418i OR analog anwendbar. (727)

Im Versicherungsgewerbe ist das Delcredere-Stehen des Vermittlungsagenten aus den früher (728) angeführten Gründen nicht üblich. (729)

7.7 Kündigungsbeschränkungen

Im Agenturvertragsrecht geht der Kündigungsschutz zugunsten des Vermittlungsagenten nicht soweit wie im Arbeitsvertragsrecht. (730)

Immerhin wird zum Schutz des Agenten die Gültigkeit von Abänderungen der im Gesetz vorgesehenen Kündigungsfristen von der Einhaltung der Schriftform (731) abhängig gemacht oder gänzlich untersagt. (732)

Im unterjährigen Agenturvertragsverhältnis kann gemäss Art. 418q Abs. 1 OR die Kündigung von beiden Parteien auf das Ende des der Kündigung folgenden Monats ausgesprochen werden. Die Abrede einer kürzeren Kündigungsfrist bedarf der schriftlichen Abrede. Die Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist ist dagegen formlos gültig. (733)

(727) Gl. M. Burnand, 62.

(728) vgl. oben Abschn. 6.7.

(729) Zum gleichen Schluss kommen Burnand, 75; Wehrli, 62; Bruck-Möller, N. 227 vor §§ 43-48 dVVG.

(730) vgl. oben Abschn. 5.8 und 6.8.

(731) Art. 418q Abs. 1 OR.

(732) Art. 418q Abs. 2 OR.

(733) Botschaft AGV, 683.

Für das überjährige Agenturverhältnis schreibt Art. 418q Abs. 2 OR zwingend die Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist vor. (734) Die weitere Regel, wonach die Kündigung nur auf Ende eines Kalendervierteljahres ausgesprochen werden könne, kann ebenso wie die Abrede einer längeren Kündigungsfrist, formlos getroffen werden. (735)

Analog zu Art. 336 Abs. 2 OR verbietet der Gesetzgeber die Abrede unterschiedlicher Kündigungsfristen für den Versicherer und den Vermittlungsagenten. (736)

7.8 Anspruch des Vermittlungsagenten auf Kundschaftsentschädigung

Beim Erlass des Agenturvertragsrechtes hat der Gesetzgeber dem wichtigsten Begehren (737) der Agenten stattgegeben und ihnen oder ihren Erben unter bestimmten Voraussetzungen einen unabdingbaren Anspruch auf eine Entschädigung für die von ihnen geworbene Kundschaft zugestanden. (738) Während der Entwurf des Bundesrates als offensichtliches Zugeständnis an die opponierenden Versicherungsgesellschaften noch die Möglichkeit der formlosen Wegbedingung des Entschädigungsanspruches gegenüber dem Versicherungsagenten vorsah, (739) entschied sich der Gesetzgeber für die uneingeschränkte Geltung des unabdingbaren Anspruches. (740)

Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung ist das eigentliche Kernstück des Agenturvertragsrechtes. (741) Mit ihrer Ein-

(734) Gautschi, Art. 418q, N. 2c; Botschaft AGV, 683.

(735) Botschaft AGV, 683.

(736) Art. 418q Abs. 3 OR.

(737) Botschaft AGV, 684.

(738) vgl. Art. 418u OR.

(739) Botschaft AGV, 685f und Art. 418s Abs. 2 des Entwurfes (in Botschaft AGV, 692)

(740) Art. 418u Abs. 1 OR.

(741) Berger, Arbeitsrecht, 7.

führung erzielte der Gesetzgeber gegenüber der bisherigen Praxis einen echten gesetzpolitischen Fortschritt.

7.8.1 Zweck der Entschädigung

Die Hauptaufgabe des Vermittlungsagenten besteht darin, dem Auftraggeber möglichst viele Neuabschlüsse, also vor allem neue Kunden zu vermitteln. Da er definitionsgemäss nur nach dem Erfolg seiner Tätigkeit entschädigt wird und überdies noch die Werbeaufwendungen selbst zu tragen hat, (742) erfährt der Wert der Kundschaft des Auftraggebers eine erhebliche Verbesserung, ohne dass dieser ein kaufmännisches Risiko für diese Wertvermehrung zu tragen hätte.

Während der Dauer des Agenturvertrages wird der Agent für seine Aufbauarbeit dadurch entschädigt, dass er auf allen Nachbestellungen der von ihm geworbenen Kunden provisionsberechtigt ist, wobei dieser Anspruch aber durch schriftliche Abrede wegbedungen werden kann. (743)

Mit der Beendigung des Agenturvertragsverhältnisses verliert der Agent, andere Abreden vorbehalten, seinen Anspruch auf die Folgeprovisionen auf Bestellungen der von ihm geworbenen Kunden. (744) Diese Tatsache könnte den Auftraggeber veranlassen, diese Folgeprovisionen an den Agenten dadurch einzusparen, dass er das Agenturvertragsverhältnis auflöst.

Dadurch, dass der Auftraggeber den Agenten bei Auflösung des Agenturvertragsverhältnisses für die geworbene Kundschaft entschädigen muss, entsteht ein wirksamer Schutz des Agenten

(742) Art. 418g Abs. 1 OR; vgl. oben Abschn. 4.3.2.

(743) Art. 418g Abs. 1 OR; vgl. oben Abschn. 7.2.2 lit. c.

(744) Art. 418f Abs. 1 OR.

gegen eine ungerechtfertigte Auflösung des Vertrages aus finanziellen Motiven. (745) In diesem Schutz liegt ein Hauptzweck der Kundschaftsentschädigung.

Nachdem das Bundesgericht in einer früheren Entscheidung festgestellt hat, dass die Kundschaft kein geeigneter Handelsgegenstand sei, (746) anerkennt es unter dem geltenden Agenturvertragsrecht, dass die Kundschaft einen eigentlichen Geschäftswert des Auftraggebers darstellt, den dieser auch nach Beendigung des Agenturvertrages weiterhin nutzen kann. (747) Damit folgt das Bundesgericht der betriebswirtschaftlichen Praxis, nach der die Kundschaft im Rahmen der "goodwill"-Bewertung in die Unternehmungsbewertung einbezogen wird. Der weitere Zweck der Kundschaftsentschädigung besteht folglich darin, den Agenten für diesen, von ihm für den Versicherer geschaffenen Geschäftswert zu entschädigen. Unzutreffend ist hingegen die Ansicht, der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung sei sozialer Natur. (748) Wären tatsächlich soziale Motive massgebend, so dürfte gerade der erfolgreiche Agent, der einen grossen Kundenkreis geschaffen und damit ein grosses Provisionseinkommen erzielt hat, keinen Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung haben, während der erfolglose Agent, der unangemessen wenig verdient hat, eine möglichst hohe Kundschaftsentschädigung erhalten müsste. Auch das Bundesgericht widerspricht der Sozialtheorie eindeutig. (749) Auch die Tatsache,

(745) Botschaft AGV, 684; Meister Guido, AGV, 62; Berger, AGV, 98.

(746) BGE 27 II 545.

(747) BGE 103 II 280 E. 2.

(748) Gl. M. Hangartner, Voraussetzungen, 10. A.M. Sten. Bull. SR 1948, 248 (SR Stüssi); Hangartner, Diplomarbeit, 39, Berger, AGV, 98f; Wehrli, 93; Burnand, 96.

(749) BGE 103 II 280 E. 2. Dort wird festgehalten, dass der Anspruch auf eine Entschädigung nicht voraussetze, "dass die wirtschaftliche Existenz des Agenten infolge der Vertragsauflösung gefährdet sei."

dass gestützt auf den Text von Art. 418u Abs. 1 auch juristische Personen, die eine Agententätigkeit ausüben, Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung haben, (750) spricht gegen die Sozialtheorie.

7.8.2 Voraussetzungen

Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung entsteht unter folgenden Hauptvoraussetzungen: (751)

a) Wesentliche Erweiterung des Kundenkreises

Der Agent hat durch seine Tätigkeit den Kundenkreis zahlenmässig wesentlich zu erweitern. (752) Entgegen der herrschenden Auffassung (753) spielt der wirtschaftliche Wert (gleich Abnahmepotential) dieser neugeworbenen Kunden für die Beurteilung der wesentlichen Erweiterung des Kundenbestandes keine Rolle, da diese Variable beim zukünftigen Vorteil des Auftraggebers ins Gewicht fallen muss. Dagegen sind die Abgänge von Kunden, die der Agent vom Auftraggeber übernommen hat, bei der Beurteilung der Erweiterung des Kundenkreises ebenfalls zu berücksichtigen. (754)

Zwischen der Tätigkeit des Agenten und der Erweiterung des Kundenkreises muss ein Kausalzusammenhang bestehen. (755)
Verschiedene Autoren wollen die Prüfung des Kausalzusammen-

(750) Gl. M. Leiss, 134; Burnand, 120; a.M. Wehrli, 98.

(751) vgl. Art. 418u Abs. 1 OR; BGE 84 II 164; 84 II 529.

(752) BGE 84 II 164. Das Bundesgericht sieht in der Tatsache, dass ein Agent innert siebzehn Monaten den Kundenstock von 85 auf 120 Kunden erhöht hat, eine wesentliche Erweiterung des Kundenkreises.

(753) BGE 84 II 529; Berger, AGV, 100; Leiss, 127; Hangartner, Diplomarbeit, 30; ders., Voraussetzungen, 278; Burnand, 112; Wehrli, 94.

(754) Gl. M. Hangartner, Diplomarbeit, 29f.

(755) Gl. M. Leiss, 128; Burnand, 114; Schläpfer, 104.

hanges nur unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit der Entschädigung vornehmen, (756) was aber dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht. (757)

Entgegen der Meinung von Schläpfer (758) sind aber die Einflüsse der Werbung des Auftraggebers sowie der günstige Konjunkturverlauf unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu würdigen.

Im Versicherungsgewerbe ist unter der Erweiterung des Kundenkreises die "Vermehrung des Versicherungsbestandes", also nicht bloss die Neuabschlüsse sondern auch die Erhöhung der Versicherungssumme auf bestehenden Verträgen oder die Aufnahme neuer Risiken durch bisherige Kunden zu verstehen. (759) Nicht zur Erweiterung des Kundenkreises können hingegen die Erneuerungen bestehender Versicherungsverträge gerechnet werden, (760) da dadurch der Kundenkreis nicht erweitert sondern bloss erhalten wird. Bei Vertragserneuerungen wird der Vermittlungsagent durch die Erneuerungsprovision ausreichend entschädigt.

- b) Zukünftiger wirtschaftlicher Vorteil für den Versicherer
Der Auftraggeber muss aus dem vom Vermittlungsagenten erworbenen Kundenbestand auch in Zukunft erhebliche wirtschaftliche Vorteile ziehen können. (761) Der wirtschaft-

-
- (756) Hangartner, Diplomarbeit, 31; ders., Voraussetzungen, 281; Berger, AGV, 100; Schärer, 97; Sigg. 35.
(757) Art. 418 U Abs. 1 OR ("Hat der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert,..").
(758) Schläpfer, 104.
(759) Berger, AGV, 100; Hangartner, Diplomarbeit, 29f; Leiss, 127, Anm. 1. Das Bundesgericht hat eine wesentliche Bestandeszunahme in der Unfallhaftpflichtbranche für eine durchschnittliche jährliche Neuproduktion von Fr. 27'000.-- Prämieineinnahmen bejaht (BGE 84 II 166, E. 4).
(760) A.M. Leiss, 127, Anm. 1.
(761) Art. 418u Abs. 1 OR.

liche Vorteil besteht nach der herrschenden Auffassung darin, (762) dass der Auftraggeber auch in Zukunft Geschäfte mit den vom Vermittlungsagenten geworbenen Kunden abschliessen kann.

Es ist aber mit Bezug auf die Versicherungsagentur zu überlegen, ob die wirtschaftlichen Vorteile des Versicherers nicht auch darin zu erblicken sind, dass er durch die Vergrösserung des Versicherungsbestandes die anteiligen Verwaltungskosten senken (763) oder durch die mit der Vergrösserung des Versicherungsbestandes bewirkte Steigerung der Eigenfinanzkraft einzelne Schadenfälle unbeschadet überstehen kann. (764) Zweifellos liegen in diesen Fakten erhebliche Vorteile des Versicherers aus der Bestandesvergrösserung. Für den Erwerb dieser Vorteile wird der Vermittlungsagent aber durch seine Vermittlungsprovision ausreichend entschädigt, so dass diese Vorteile nicht als solche im Sinne von Art. 418u Abs. 1 OR betrachtet werden können.

Damit kann festgestellt werden, dass ein Vorteil im Sinne von Art. 418u Abs. 1 OR nur dann vorliegt, wenn der Versicherer mit der vom Vermittlungsagenten geworbenen Kundschaft nach der Auflösung des Agenturvertrages weitere Neuabschlüsse oder Vertragsanpassungen tätigen kann. Damit der

(762) Botschaft AGV, 684; Sten. Bull. SR 1948, 62; Hangartner, Voraussetzungen, 6f; Leiss, 129 und 259; Burnand, 103 und 115; Berger, AGV, 101; Meister Guido, AGV, 64, Demisch, 72; BGE 103 II 282, E. 3a; 84 II 166.

(763) Gruss, Auswahl, 2.

(764) vgl. Haller, 104ff.

Vorteil als erheblich qualifiziert werden kann, muss dieser zukünftige Nutzen des Versicherers ein beträchtliches Ausmass erreichen. (765)

Die Versicherungsgesellschaften haben bei der Beratung des Agenturvertragsrechtes entschieden bestritten, dass das vom Vermittlungsagenten geworbene Portefeuille einen Reproduktionseffekt aufweise. (766) Es bedürfe vielmehr bei jedem einzelnen Abschluss mit einem bisherigen Kunden praktisch desselben Werbeaufwandes.

Sicher ist die Reproduktionskraft eines Versicherungsbestandes nicht mit derjenigen eines Konsumgüterkundenstockes zu vergleichen. Da aber die meisten Sachversicherungsgesellschaften sich zu Allbranchenversicherungsgesellschaften entwickelt haben, ist doch anzunehmen, dass im Versicherungsgewerbe sich ebenfalls eine gewisse Markentreue entwickelt hat, (767) was sich darin auswirkt, dass die bestehenden Versicherungsverträge grundsätzlich mit der gleichen Gesellschaft erneuert und allfällige Anpassungen im Rahmen der bestehenden Verträge vorgenommen werden, selbst wenn der Vermittlungsagent zwischenzeitig ausgewechselt wurde. (768) Es mag zwar zutreffen, dass die Erneuerung bestehender Policen fast den gleichen Arbeitsaufwand des Vermittlungsagenten bedingt wie ein Neuabschluss, (769) dafür kennt der Versicherer aus dem bisherigen Vertragsverlauf sein Risiko besser. Darin liegt ein echter kommerzieller Vorteil.

(765) BGE 84 II 532; 103 II 285 E. 4b; Leiss, 163; Burnand, 114; Berger, Arbeitsrecht, 9f.

(766) Botschaft AGV, 685f.

(767) VAS V, Nr. 37.

(768) Burnand, 137.

(769) Berger, AGV, 69; Leiss, 130; Burnand, 134.

Sehr viele Versicherungsverträge kommen übrigens dank der Empfehlung bisheriger Versicherungsnehmer zustande. (770) Auch darin liegt ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil des vom Agenten geworbenen Kundenstockes, den der Versicherer auch nach dem Ausscheiden des Vermittlungsagenten nutzen kann.

Damit steht ausser Zweifel, dass auch im Versicherungsgewerbe die Möglichkeit besteht, dass der Versicherer einen zukünftigen Vorteil aus der vom Vermittlungsagenten geworbenen Kundenkreis ziehen kann. (771) Der Beweis dafür, dass tatsächlich ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil vorliegt, obliegt aber dem Vermittlungsagenten und dürfte nicht einfach zu erbringen sein. (772)

c) Kein Verschulden des Vermittlungsagenten an der Auflösung des Agenturvertrages

Der Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung besteht nur dann, wenn der Vermittlungsagent den Grund zur Auflösung des Vertragsverhältnisses nicht zu vertreten hat. (773) Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber eine nicht gerade glückliche Voraussetzung geschaffen. Erstens bewirkt diese, dass der Vermittlungsagent für sein pflichtwidriges Verhalten neben der fristlosen Auflösung des Agenturverhältnisses zusätzlich dadurch sanktioniert wird, dass sein Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung - unabhängig von der Schwere seiner Pflichtwidrigkeit - gestrichen wird. (774)

(770) vgl. dazu von Wartburg, Versicherungswerbung, 280.

(771) Gl. M. Berger, AGV, 102; Burnand, 136.

(772) Hangartner, Voraussetzungen, 8.

(773) Art. 418u Abs. 3 OR.

(774) Es ist nicht zu bestreiten, dass auch bei der Regelung der Abgangsentschädigung des Arbeitnehmers eine gewisse Strafsanktion für die fristlose Entlassung enthalten ist. Immerhin gilt dort nicht das rigorose "Alles- oder-Nichts-Prinzip" (vgl. Art. 339c Abs. 3 OR).

Zweitens widerspricht der strafweise Wegfall der Kundschaftsentschädigung dem einen Hauptzweck dieser Entschädigung, der im Ausgleich der dem Versicherer verbleibenden wirtschaftlichen Vorteile besteht.

Zu beachten ist besonders, dass der Entschädigungsanspruch nicht bloss dann entfällt, wenn der Versicherer das Agenturverhältnis aus wichtigem Grund fristlos auflöst. Der Anspruch entfällt bereits dann, wenn der Versicherer das Vertragsverhältnis aus einem wichtigen Grund auf den ordentlichen Kündigungstermin auflöst. Ein wichtiger Grund für eine ordentliche Kündigung kann z.B. darin liegen, dass der Agent die vom Versicherer gesetzten Umsatzziele nicht erreicht. Dieses Beispiel zeigt mit aller Deutlichkeit, wie der Anspruch des Vermittlungsagenten auf die Kundschaftsentschädigung vom Versicherer manipuliert werden kann.

Die herrschende Lehre legt Art. 418u Abs. 3 OR zudem bei der Kündigung durch den Agenten zu dessen Nachteil aus, indem sie verlangt, dass ein Entschädigungsanspruch auch dann nicht zu gewähren sei, wenn der Agent ohne begründeten Anlass kündigt. (775) Diese Ansicht schiesst noch über die gesetzliche Regelung hinaus, indem sie neben der Strafsanktion für fehlendes Wohlverhalten des Agenten, diesem auch noch "goldene Fesseln" anlegen will. M.E. muss die Tatsache, dass der Agent den Agenturvertrag ohne begründeten Anlass kündigt unter dem Titel "Billigkeit der Entschädigung" ausreichend gewürdigt und damit in die Bemessung des Quantitatifs der Entschädigung einbezogen werden.

(775) Hangartner, Diplomarbeit, 31; ders. Voraussetzungen, 2; Berger, AGV, 103; Burnand, 123; Demisch 62; Leiss, 126. Immerhin lassen alle diese Autoren zu, dass der Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung nicht entfällt, wenn der Agent zufolge hohen Alters oder Krankheit kündigt.

7.8.3 Höhe der Entschädigung und Bemessungsgrundlage

Der Vermittlungsagent hat, falls die angeführten Voraussetzungen erfüllt sind, Anspruch auf eine "angemessene Entschädigung". (776)

Bemessungsgrundlage ist der Verdienst des Agenten während der letzten fünf Jahre vor der Beendigung des Agenturverhältnisses, bei kürzerer Dauer des Vertragsverhältnisses derjenige während der ganzen Vertragsdauer. (777) Zu unrecht kritisiert Burnand (778) diese Bemessungsgrundlage, weil sie den älteren Agenten schwer benachteilige, der dem Versicherer während vieler Jahren gedient habe und nun mit Blick auf die Einstellung seiner Tätigkeit altershalber kürzer zu treten beginne. Wie bereits mehrfach erwähnt, besteht der Hauptzweck der Kundschaftsentschädigung in der Ausgleichung der dem Versicherer verbleibenden wirtschaftlichen Vorteile. Auf soziale Gesichtspunkte kann keine Rücksicht genommen werden.

Oberste Grenze der Entschädigung ist der auf der Bemessungsgrundlage errechnete durchschnittliche Nettojahresverdienst des Agenten. (779) Von diesem durchschnittlichen Nettojahresverdienst ist bei der Festsetzung der angemessenen Kundschaftsentschädigung auszugehen. Unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit sind nun alle objektiven Faktoren zu berücksichtigen, die für eine Reduktion der maximalen Kundschaftsentschädigung sprechen. Dazu gehören:

(776) Art. 418u Abs. 1 OR in fine.

(777) Art. 418u Abs. 2 OR.

(778) Burnand, 113.

(779) Art. 418u Abs. 2 OR erster Halbsatz.

- der wirtschaftliche Wert der dem Versicherer verbleibenden Kundschaft; (780) massgebend ist insbesondere, welche Provisionsbeträge der Versicherer zukünftig sparen kann (781)
- die vom Vermittlungsagenten bezogenen Vermittlungsprovisionen; überhöhte Vermittlungsprovisionen während der Dauer des Agenturverhältnisses lassen eine Kundschaftsentschädigung rasch als unbillig erscheinen (782)
- die Leistungen des Versicherers an die Altersvorsorge und die AHV des Agenten (783)
- die Unterstützung, die der Versicherer dem Agenten bei dessen Tätigkeit zukommen liess; zu denken ist insbesondere an die Werbung des Versicherers (784)
- die Tatsache, dass der Agent das Agenturvertragsverhältnis kündigt, ohne dass dazu ein begründeter Anlass bestand
- die wirtschaftliche Lage beider Parteien (785)

Werden alle diese Faktoren unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit bei der Festsetzung der Kundschaftsentschädigung berücksichtigt, so besteht Gewähr dafür, dass der Agent eine

(780) Gl. M. Berger, Arbeitsrecht, 11f; Wehrli, 97ff.

(781) Nicht massgebend ist, welche Provision der Versicherer einem Nachfolger des Agenten tatsächlich zu leisten hat, da der Versicherer seine Organisation und seine Verträge mit den Vermittlungsagenten selbst zu vertreten hat. Gl. M. Leiss, 129; Burnand, 116; gegenteiliger Meinung ist Sigg, 36.

(782) BGE 103 II 286 E. 5; 84 II 533; Hangartner, Diplomarbeit, 31; ders., Voraussetzungen, 9; Berger, AGV, 103; ders., Arbeitsrecht, 10; Burnand, 118f; Schläpfer, 105.

(783) BGE 103 II 286 E. 5; Hangartner, Diplomarbeit, 31; ders., Voraussetzungen, 9; Berger, AGV, 103; Burnand, 103f; Leiss, 134.

(784) Hangartner, Voraussetzungen, 9; ders., Diplomarbeit, 34; Berger, AGV, 103.

(785) Hangartner, Diplomarbeit, 31, will nur die wirtschaftliche Lage des Agenten in die Billigkeitsabwägung einbeziehen, während Leiss, 134, die wirtschaftliche Lage der Parteien überhaupt nicht berücksichtigen will.

seiner eigenen Tätigkeit und den dem Versicherer verbleibenden Vorteilen angemessene Entschädigung erhält, die auch billig ist. (786)

7.8.4 Entstehung und Fälligkeit des Anspruches

Der Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung entsteht mit der Auflösung des Agenturvertragsverhältnisses. (787) Gestützt auf Art. 418t Abs. 2 OR ist davon auszugehen, dass die Kundschaftsentschädigung mit der Beendigung des Agenturverhältnisses auch fällig wird. (788)

Es dürfte aber ebenfalls zulässig sein, dass die Parteien einen späteren Fälligkeitstermin vereinbaren. In Anlehnung an Art. 418t Abs. 3 OR scheint es zumindest ratsam, eine solche Abrede schriftlich zu treffen.

Schränkt der Versicherer während der Dauer des Agenturverhältnisses den örtlichen oder sachlichen Tätigkeitsbereich des Agenten ein, so entsteht der entsprechende Entschädigungsanspruch des Agenten bereits in diesem Zeitpunkt. (789) Eine anderslautende Praxis würde der Umgehung der unabdingbaren Kundschaftsentschädigung Vorschub leisten.

7.8.5 Gläubiger der Entschädigung

Der Entschädigungsanspruch steht dem Vermittlungsagenten selbst zu. Wird aber das Agenturverhältnis durch seinen Tod

(786) Nicht zu berücksichtigen sind m.E.: das Alter des Agenten und die Dauer des Agenturverhältnisses.

(787) Gl. M. Hangartner, Diplomarbeit, 37; ders., Voraussetzungen, 2ff; Demisch, 58.

(788) Hangartner, Diplomarbeit, 37.

(789) Gl. M. Leiss, 131; Hangartner, Voraussetzungen, 4.

aufgelöst, so steht der Anspruch auch seinen Erben zu. (790)
Wie weit entfernte Erben noch Anspruch auf die Kundschafts-
entschädigung haben, ist unter dem Gesichtspunkt der Billig-
keit zu prüfen. (791)

7.8.6 Kundschaftsentschädigung und Entschädigung für das Konkur- renzverbot

Abschliessend stellt sich die Frage, ob die Kundschaftsent-
schädigung und die Entschädigung für die Einhaltung des Kon-
kurrenzverbotes (792) kumulativ gefordert werden können.
Burnand (793) befürwortet die Anspruchskumulation, während
Leiss (794) und Gautschi (795) gegen eine Anspruchskumu-
lation eintreten.

Beim Konkurrenzverbot muss der Agent für seinen zukünftigen
Ausfall infolge Beschränkung seiner wirtschaftlichen Frei-
heit entschädigt werden, während die Kundschaftsentschädi-
gung den dem Versicherer verbleibenden zukünftigen Vorteil
auszugleichen hat. Dort wo kein Konkurrenzverbot besteht,
wird die Entschädigung für die Kundschaft geringer ausfallen,
falls der Agent diese Kundschaft zukünftig für einen anderen
Auftraggeber bereisen wird. (796) Unter Umständen verbleibt

(790) Art. 418u Abs. 1 OR.

(791) A.M. Wehrli, 98, der den anspruchsberechtigten Erbenkreis
in Analogie zu Art. 339b nur soweit ziehen will, als der
Vermittlungsagent unterstützungspflichtig war. Burnand,
128, und Berger, AGV, 106, wollen dagegen dem Agenten auch
das Recht einräumen, über den Anspruch auf Kundschaftsent-
schädigung testamentarisch zu Gunsten eines nicht verwandten
Dritten verfügen zu können.

(792) Art. 418d Abs. 2 OR.

(793) Burnand, 104.

(794) Leiss, 281.

(795) Gautschi, Art. 418u, N. 6d.

(796) Gl. M. Hangartner, Diplomarbeit, 31; Berger, AGV, 103;
Meister Guido, AGV, 65.

dem Versicherer gar kein wirtschaftlicher Vorteil. Durch die Absprache eines Konkurrenzverbotes will sich der Versicherer aber gerade diesen Vorteil sichern.

Daraus ergibt sich logisch, dass zwischen dem Konkurrenzverbot und dem zukünftigen Vorteil des Versicherers aus dem vom Agenten geworbenen Kundenkreis ein direkter sachlicher Zusammenhang besteht. Die Theorie von Burnand hätte zur Folge, dass der Agent für denselben wirtschaftlichen Sachverhalt zweimal entschädigt würde. Eine Kumulation von Konkurrenzentschädigung und Kundschaftsentschädigung ist deshalb abzulehnen, wobei aber der Agent auf jeden Fall Anspruch auf die höhere der beiden Entschädigung hat.

7.9 Schutz des nebenberuflichen Agenten

Alle bisherigen Ausführungen dieses Abschnittes gelten für den hauptberuflichen Agenten uneingeschränkt. Gegenüber dem nebenberuflich tätigen Agenten können die Vorschriften des Agenturvertragsrechtes durch schriftliche Abrede bis auf drei Ausnahmen wegbedungen werden. (797)

Unabdingbar sind die Vorschriften über das Delcredere, das Konkurrenzverbot und die Auflösung des Vertrages aus wichtigem Grund. Der nebenamtliche Agent hat deshalb Anspruch auf die Delcredereprovision, (798) die Entschädigung für die Einhaltung eines allfälligen Konkurrenzverbotes (799) sowie auf Ersatz des Provisionsausfalles im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Auflösung des Agenturvertrages durch den Versicherer oder einer gerechtfertigten Auflösung aus wichtigem Grund durch den Agenten selbst. (800)

(797) Art. 418a Abs. 2 OR.

(798) Art. 418c Abs. 3 OR in fine.

(799) Art. 418d Abs. 2 OR in fine.

(800) Art. 418r OR in Verb. mit Art. 337c OR.

Da auch der nebenberuflich tätige Agent Anspruch auf die Vermittlungsprovision hat, (801) bewirkt die Exeptionsvorschrift von Art. 418a Abs. 2 OR lediglich, dass durch schriftliche Wegbedingung der Vorschriften über den Agenturvertrag der Anspruch des nebenberuflichen Vermittlungsagenten auf die Kundschaftsentschädigung nicht besteht. Zu recht fragt sich deshalb Gautschi, (802) ob Art. 418a Abs. 2 OR, der vor allem auf Betreiben der Versicherungsgesellschaften aufgestellt wurde, (803) sich durch das erzielte Resultat überhaupt rechtfertigen lasse. Dies zumal gerade der Versicherungsvermittlungsagent nur in seltenen Fällen eine Kundschaftsentschädigung beanspruchen kann.

Die von der Wegbedingung ebenfalls mitbetroffenen Kündigungsbeschränkungen wird der Versicherer schon im eigenen Interesse wieder in die konkrete Abrede einbringen, da seine Aussendienstorganisation durch einen fristlosen Austritt eines nebenamtlichen Agenten empfindlich getroffen werden könnte.

Durch die Wegbedingung der Vorschriften des Agenturvertragsrechtes wird der nebenberufliche Agent auch in seinem Retentionsrecht verkürzt, (804) da er ausschliesslich auf das allgemeine Retentionsrecht (805) angewiesen ist. Darin wird aber kaum ein Nachteil liegen, da der nebenberufliche Agent, wie sein hauptberuflicher Kollege, kaum eine Inkassovollmacht haben dürfte.

(801) vgl. oben Abschn. 4.3.1.

(802) Gautschi, Art. 418a-418b, N. 15c.

(803) Botschaft AGV, 673.

(804) Art. 418o OR; vgl. im Einzelnen oben Abschn. 4.6.3.

(805) Art. 895ff ZGB.

Alles in allem kann festgehalten werden, dass die Wegbedingung der Vorschriften des Agenturvertragsrechtes dem nebenberuflich tätigen Vermittlungsagenten kaum nennenswerte Nachteile und dem Versicherer folglich kaum Vorteile bringen dürfte.

8. Der einfache Auftrag im Besonderen

8.1 Anwendungsbereich im Versicherungsaussendienst

Wie bereits oben (806) dargestellt, kommt die Anwendung des Auftragsrechtes auf das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent ausschliesslich für den nebenberuflich tätigen Agenten in Betracht. Dabei ist aber zu beachten, dass der nebenberuflich tätige Agent vom Versicherer sowohl unter Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertragsrecht als auch unter Agenturvertragsrecht (807) verpflichtet werden kann.

Die durchgeführte Befragung hat ergeben, dass keine einzige der befragten Gesellschaften nebenamtlich Vermittlungsagenten im Auftragsverhältnis beschäftigt. Auftragsverhältnisse bestehen allenfalls mit den stillen Vermittlern, die aber im Rahmen dieser Arbeit nicht von Interesse sind.

Aus diesen Gründen werden die Besonderheiten des Auftragsrechtes in dieser Arbeit nur summarisch behandelt.

(806) vgl. oben Abschn. 1.4 und 2.3.

(807) Haben die Parteien die Anwendbarkeit des Agenturvertragsrechtes nicht wegbedungen, so liegt ein Agenturvertrag vor (Art. 418a Abs. 2 OR). Haben die Parteien zwar die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung des Agenturvertragsrechtes wegbedungen, an deren Stelle aber trotzdem einen Agenturvertrag vereinbart, so kann kein Auftrag vorliegen.

8.2 Entstehung des Auftrages

Der einfache Auftrag ist ein echter Konsensualkontrakt, (808) der durch gegenseitige, übereinstimmende Willensäusserung zustande kommt. (809) Die Willensäusserung kann stillschweigend oder gar durch konkludentes Verhalten (insbesondere des Versicherers) erfolgen, (810) indem der Versicherer beispielsweise die Vermittlungstätigkeit des Agenten stillschweigend genehmigt, also die vermittelten Versicherungsverträge abschliesst.

Auf den Versicherungsagenturvertrag ist dagegen die in Art. 395 OR umschriebene Entstehung des Auftragsverhältnisses durch Unterlassung der sofortigen Ablehnung des Auftrages durch den Vermittlungsagenten nicht anwendbar, da der nebenamtliche Agent weder "obrigkeitlich" bestellt ist, noch die Besorgung von Versicherungsvermittlungsagenturen gewerbsmässig betreibt, noch sich hiezu öffentlich empfehlen wird.

8.3 Pflichten des Vermittlungsagenten

8.3.1 Tätigkeitspflicht

Durch die Annahme des Auftrages verpflichtet sich der Vermittlungsagent zur vertraglichen Tätigkeit im Interessen des Versicherers. Diese Handlungspflicht bildet die charakteristische Leistung des Vermittlungsagenten im einfachen Auftrag. (811) Es ist allerdings zu beachten, dass der Versicherer gegenüber dem beauftragten Vermittlungsagenten die tatsächliche Erfüllung des Auftrages ebensowenig fordern kann (812) wie im Arbeits- oder Agenturvertragsrecht. Er-

(808) vgl. Gautschi, Art. 395, N. 1.

(809) Art. 1 Abs. 1 OR.

(810) Art. 1 Abs. 2 OR.

(811) BGE 67 II 181.

(812) Gautschi, Art. 395, N. 24.

bringt der Vermittlungsagent die vereinbarte Arbeitsleistung nicht, so kann der Versicherer nur Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. (813)

Ohne ausdrückliche Ermächtigung durch den Versicherer hat der Vermittlungsagent die vereinbarten Arbeitsleistungen persönlich zu erbringen. (814) Das Recht zur Substitution (815) ist im Versicherungsaussendienst grundsätzlich auszuschliessen, da der Versicherer den Vermittlungsagenten wegen dessen besonderen Fähigkeiten oder besonders wegen dessen guten Beziehungen zu potentiellen Versicherungskunden mit der Vermittlungstätigkeit beauftragt.

8.3.2 Weisungsbefolgungspflicht

Der Vermittlungsagent hat die Weisungen des Versicherers für die Besorgung der übertragenen Arbeitsleistung zu befolgen. (816) Das Weisungsrecht wird aber auf diejenigen Sachverhalte beschränkt, die mit dem ordnungsgemässen Abschluss des vermittelten Versicherungsvertrages in direktem Zusammenhang stehen. Der beauftragte Vermittlungsagent hat sich insbesondere an die Tarife des Versicherers zu halten, die Antragsformulare instruktionsgemäss auszufüllen und unverzüglich einzureichen (817) und die Vorschriften bezüglich der anzuwendenden Werbemethoden zu beachten. Kein Weisungsrecht besteht bezüglich der Arbeitsintensität des beauftragten Vermittlungsagenten sowie bezüglich der Einhaltung von Arbeitsplänen des Versicherers. Werden derartige Abreden ge-

(813) Art. 97ff OR.

(814) Art. 398 Abs. 3 OR.

(815) Art. 398 Abs. 3 OR in fine.

(816) Art. 397 Abs. 1 OR.

(817) Damit der Versicherer die Annahmeerklärung innert der 14-tägigen Annahmefrist von Art. 1 VVG abgeben kann.

troffen, so spricht dies für das Vorliegen eines Teilzeitarbeitsvertrages oder Teilzeithandelsreisendenvertrages.

8.3.3 Sorgfaltspflicht

Der beauftragte Vermittlungsagent haftet nach Art. 398 Abs. 1 für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Es kann deshalb auf die Ausführung in Abschnitt 4.2.3 verwiesen werden.

8.3.4 Treuepflicht

Bei der Beurteilung der Frage, ob der beauftragte Vermittlungsagent im Versicherungsaussendienst während der Vertragsdauer auch eine gesetzliche Treuepflicht zu beachten habe, ist auf die Besonderheit dieses Auftragsverhältnisses zu achten, die darin besteht, dass das Auftragsverhältnis nicht für eine einzige Vermittlungshandlung sondern für eine dauernde Vermittlungstätigkeit eingegangen wurde. Das Rechtsverhältnis qualifiziert sich folglich als echtes Dauerschuldverhältnis. Der Vermittlungsagent ist verpflichtet, dem Versicherer während der Dauer des Auftragsverhältnisses möglichst viele Versicherungsanträge zu vermitteln.

Art. 398 Abs. 2 OR verpflichtet den Vermittlungsagenten zur getreuen Ausführung des Auftrages. Die getreue Auftragsausführung besteht insbesondere darin, die Interessen des Versicherers bei der Geschäftsbesorgung zu wahren. (818) Da das Hauptinteresse des Versicherers in der Vermittlung möglichst vieler Versicherungsverträge besteht, ergibt sich logisch, dass ein beauftragter Vermittlungsagent, der zwei oder mehreren Versicherern der gleichen Branche dient, nicht in der Lage sein kann, das Hauptinteresse jedes einzelnen

(818) Gl. M. Gautschi, Art. 398, N. 3b.

Versicherers zu wahren. Bei jeder konkreten Vermittlung eines Antrages an einen der verschiedenen Versicherer würde er die Interessen der übrigen verletzen.

Deshalb ergibt sich für den Versicherungsvermittlungsagenten aus Art. 398 Abs. 2 OR ein Verbot, während der Dauer eines Auftragsverhältnisses für einen direkten Konkurrenten des Versicherers tätig zu sein.

Die Verletzung der Treuepflicht stellt einen Vertragsbruch dar, für den der Vermittlungsagent dem Versicherer aus Art. 97ff OR haftet. (819)

8.3.5 Geheimhaltungspflicht (820)

Wie im vorangehenden Abschnitt dargestellt, hat der Vermittlungsagent die Interessen des Versicherers zu wahren. Zu den wesentlichen Interessen des Versicherers, die es zu wahren gilt, gehört auch die Geheimhaltung von Tatsachen, die den Geschäftsbetrieb des Versicherers betreffen. Geheimzuhalten sind insbesondere Kundenlisten, Tarife und die Aussenorganisation des Versicherers.

Es kann deshalb kein Zweifel daran bestehen, dass der beauftragte Vermittlungsagent, auch nach Beendigung des Auftragsverhältnisses, (821) gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR der gleichen Geheimhaltungspflicht unterliegt, wie der Arbeitnehmer und der Agent nach Art. 418a ff OR. (822)

(819) A.M. Gautschi, Art. 398, N. 1c, der allerdings die Treuepflichtverletzung zu eng definiert (Veruntreuung; ungetreue Geschäftsführung; Doppelvertretung; Selbstkontrahieren; vgl. Art. 398, N. 6a ff).

(820) Gautschi, Art. 398, N. 13ff, befürwortet die Schweigepflicht nur dort, wo das StGB eine Strafsanktion an die Geheimnisverletzung knüpft (Art. 320f StGB). Diese Auffassung ist aber zu eng.

(821) Gl. M. Gautschi, Art. 398, N. 5d.

(822) vgl. oben Abschn. 4.2.8.

Da die Geheimhaltungspflicht des beauftragten Vermittlungsagenten im Gesetz nicht expresse formuliert ist, liegt im Falle einer Geheimnisverletzung hingegen kein Straftatbestand im Sinne von Art. 162 StGB vor, es sei denn, die Parteien hätten die Schweigepflicht vertraglich vereinbart.

8.3.6 Rechenschafts- und Informationspflicht

Der beauftragte Vermittlungsagent ist gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet, dem Versicherer jederzeit Rechenschaft über seine Geschäftsführung abzulegen.

Eigentlicher Inhalt der Rechenschaftspflicht im Auftragsrecht ist die Vorlegung einer Abrechnung über ein ausgeführtes Geschäft. (823) Diese Rechenschaftspflicht trifft den Vermittlungsagenten dann, wenn er das Prämieninkasso für den Versicherer zu besorgen hat. Die Abrechnung muss schriftlich erstellt werden. (824)

Wesentlicher Ausfluss der Rechenschaftspflicht ist die damit verbundene Informationspflicht des beauftragten Vermittlungsagenten. "Gegenstand der Information sind diejenigen Tatsachen, die der sorgfältige Beauftragte als wesentlich für die Rechtsstellung und die Rechtsausübung des Auftraggebers erkennen muss,..." (825)

In der Versicherungsvermittlung sind dies alle Tatsachen, die das versicherte Risiko betreffen. Der Vermittlungsagent

(823) Gl. M. Gautschi, Art. 400, N. 22e.

(824) Gautschi, Art. 400, N. 27c.

(825) Gautschi, Art. 400, N. 23a.

ist insbesondere verpflichtet, den Versicherer über diejenigen Tatsachen zu unterrichten, die diesen berechtigen vom Versicherungsvertrag zurückzutreten (826) oder die geeignet sind, seine Leistungspflicht herabzusetzen. (827)

Bei der Erfüllung der Informationspflicht, die der Interessenwahrung des Versicherers dient, kann sich der Vermittlungsagent allerdings entgegen dem Gesetzestext nicht darauf berufen, der Versicherer habe die Information nicht verlangt. (828)

8.3.7 Herausgabepflicht und Retentionsrecht

Gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR ist der beauftragte Vermittlungsagent verpflichtet, dem Versicherer auf dessen Verlangen alles herauszugeben, was ihm aus irgend einem Grunde zugekommen ist.

Gegenstand der Ablieferungspflicht kann somit alles sein, was der Versicherer dem Vermittlungsagenten zur Auftragsausführung übergeben hat (Tarife, Kundenlisten, Antragsformulare, Versicherungsbedingungen, Werbematerial) und zusätzlich dazu alles, was der Vermittlungsagent anlässlich der Auftragsausführung für den Versicherer von Dritten erworben hat, insbesondere die einkassierten Prämien.

Ist die Verrechnung der einkassierten Prämien nicht vertraglich ausgeschlossen worden, (829) so kann der Vermittlungs-

(826) Z.B. Anzeigepflichtverletzungen gemäss Art. 6, 28 und 30 VVG.

(827) Z.B. Verletzung der Anzeigepflicht bei Eintritt des Schadens (Art. 38 VVG); Verletzung der Rettungspflicht (Art. 61 VVG).

(828) Gl. M. Gautschi, Art. 400, N. 23c.

(829) Art. 126 OR; Gautschi, Art. 400, N. 19a.

agent seine Ablieferungspflicht mit Bezug auf die verein-
nahmen Prämien auch erfüllen, indem er diese mit seinen
fälligen Provisionsansprüchen verrechnet. (830)

Im Gegensatz zum Handelsreisenden (831) und zum Agenten
nach Art. 418a ff OR (832) kann aber der beauftragte Ver-
mittlungsentagent ein Retentionsrecht nur im Rahmen von Art.
895ff ZGB geltend machen. Er darf folglich die Retention nur
an beweglichen Sachen und Wertpapieren, nicht aber einkas-
sierten Prämien geltend machen, auch wenn diese gestützt
auf eine Inkassovollmacht in seinen Besitz gelangten. Ueber-
dies steht ihm ein Retentionsrecht ausschliesslich für fäl-
lige Provisionsforderungen zu. Bei Zahlungsunfähigkeit des
Versicherers ist er folglich schlechter geschützt als der
Handelsreisende und der Agent nach Art. 418a ff OR. Das
Retentionsverbot an Preistarifen, Kundenverzeichnissen und
anderen Unterlagen, (833) ergibt sich für den beauftragten
Vermittlungsentagenten aus Art. 896 Abs. 1 ZGB.

Im Gegensatz zum Handelsreisenden und zum Agenten nach Art.
418a ff OR kann der beauftragte Vermittlungsentagent zudem auf
die Ausübung seines Retentionsrechtes im voraus verzich-
ten. (834)

(830) Art. 120ff OR.

(831) Art. 349e OR.

(832) Art. 418o OR.

(833) Für den Handelsreisenden (Art. 349e Abs. 2 OR) und den Agen-
ten nach Art. 418a ff OR (Art. 418o Abs. 2 OR) verbietet das
Gesetz die Retention dieser Gegenstände ausdrücklich.

(834) Art. 896 Abs. 2 ZGB.

8.4 Pflichten des Versicherers

8.4.1 Unterstützungspflicht

Der beauftragte Vermittlungsagent kann seine Versicherungsaussendiensttätigkeit nur erfüllen, wenn der Versicherer dazu die notwendigen Voraussetzungen schafft. Er hat den Agenten offiziell zu bestellen und dies nach aussen kund zu tun, indem er beispielsweise die Bestellung in den Zeitungen der betreffenden Region bekannt gibt oder dem Vermittlungsagenten zumindest einen Ausweis über dessen Bestellung übergibt.

Ausserdem muss der Versicherer dem Vermittlungsagenten die für die Tätigkeit erforderlichen Unterlagen übergeben. Aus Art. 3 VVG ergibt sich, dass eine erfolgreiche Vermittlungstätigkeit nur möglich ist, wenn der Vermittlungsagent dem Versicherungskandidaten vor der Unterzeichnung des Antrages die allgemeinen Versicherungsbedingungen des Versicherers übergibt. Geschieht dies nicht, so ist der Versicherungskandidat an seinen Antrag nicht gebunden. (835) Zu den berufsnotwendigen Unterlagen gehören auch die Antragsformulare selbst, die Tarife und das Werbematerial des Versicherers.

Ist der beauftragte Vermittlungsagent zudem mit der Pflege der bestehenden Kundschaft beauftragt, so setzt dies voraus, dass der Versicherer ihm die Kundenkartei des betreffenden Vertragsgebietes übergibt.

Da der Vermittlungsagent über das notwendige Fachwissen im Zusammenhang mit den verschiedenen Risikogruppen verfügen muss, die der Versicherer entgegennimmt, hat der Versicherer

(835) Art. 3 Abs. 2 VVG.

ihn auch beim Erwerb dieses Fachwissens zu unterstützen, sei es, dass dieser ihn Schulungskurse besuchen lässt oder ihm die erforderlichen Ausbildungsunterlagen zur Verfügung stellt.

Unterlässt der Versicherer die Unterstützungspflicht, so hat dies allerdings nicht zur Folge, dass er analog zum Agenturvertragsrecht (836) für den Provisionsausfall des beauftragten Vermittlungsagenten haften müsste. Eine entsprechende Bestimmung fehlt im Auftragsrecht. Von der Erfüllung der Unterstützungspflicht hängt dagegen die Pflicht auf Tätigkeit des Vermittlungsagenten direkt ab. Unterlässt der Versicherer die Unterstützung des Vermittlungsagenten, so fehlt diesem eine wichtige Voraussetzung, damit er die übernommene Leistungspflicht überhaupt erbringen kann.

8.4.2 Entschädigungspflicht

a) Provision

Interessanterweise enthält das Gesetz unter den "Verpflichtungen des Auftraggebers" (837) keine Bestimmung über das Entgelt des Beauftragten. Die Entschädigungspflicht des Auftraggebers wird vielmehr unter der gesetzlichen Definition des Auftrages geregelt. (838) Nach Art. 394 Abs. 3 OR ist eine Vergütung zu leisten, wenn sie vereinbart oder üblich ist.

Im Vertrag zwischen Versicherer und dem Vermittlungsagenten wird die Entschädigungspflicht des Versicherers üblicherweise minutiös geregelt sein. Fehlt eine entsprechende Regelung,

(836) Art. 418m Abs. 1 OR.

(837) Art. 402 OR.

(838) Art. 394 OR.

so ist die Vermittlungsprovision gleichwohl geschuldet, da die dauernde Leistung von Vermittlungsdiensten im Versicherungsgewerbe üblicherweise gegen Provision erfolgt. Der Anspruch auf die Vermittlungsprovision ergibt sich diesfalls aus Art. 394 Abs. 3 OR.

Da das Gesetz keine Vorschriften über den Zeitpunkt der Entstehung und die Höhe und die Fälligkeit des Provisionsanspruches enthält, unterliegt die Regelung dieser wichtigen Vertragspunkte ausschliesslich der freien Parteiabrede. Fehlt eine entsprechende Abrede, so wird die Frage der Entstehung und der Fälligkeit der Provision in Analogie zu den entsprechenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechtes (839) oder des Agenturvertragsrechtes (840) zu lösen sein. Dabei ist der flexibleren Regelung des Agenturvertragsrechtes der Vorzug zu geben. Für die Höhe der Provision wird im Falle fehlender Abreden die Übung im Aussendienst der betreffenden Versicherungsbranche massgebend sein.

b) Auslagenersatz

Der Versicherer hat dem Vermittlungsagenten auch im Rahmen des Auftragsrechtes die Auslagen zu ersetzen, "die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat". (841) Dem Kommentar Gautschi (842) ist zu entnehmen, dass der Ersatz der Auslagen die gehörige Erfüllung des Auftrages voraussetze. (843) Diese Auslegung geht davon aus, dass der Auftrag sich auf die Erledigung eines bestimmten, einmaligen Geschäftes beziehe. Das unter dem Auftragsrecht ste-

(839) Art. 322b und Art. 323 Abs. 2 OR.

(840) Art. 418g Abs. 1 und Art. 418i OR.

(841) Art. 402 Abs. 1 OR.

(842) Gautschi, Art. 402, N. 6ff.

(843) Gautschi, Art. 402, N. 7a.

hende Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent ist aber als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren, bei dem erst bei der Vertragsbeendigung abschliessend feststeht, dass es dauernd erfüllt worden ist. Die Auslegung von Gautschi ist deshalb mit Bezug auf den dauernden Versicherungsvermittlungsauftrag nicht brauchbar. Der Vermittlungsagent kann den übernommenen Auftrag auch dann richtig ausgeführt haben, wenn seine Bemühungen für den Versicherer nicht zum Abschluss eines Versicherungsvertrages geführt haben. Auf dieses Auftragsverhältnis bezogen, kann Art. 402 Abs. 1 OR nur dahingehend ausgelegt werden, dass der Versicherer dem beauftragten Agenten alle Auslagen zu ersetzen hat, die diesem durch die vertragskonforme Ausübung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit unabhängig vom Erfolg entstanden sind.

Zu beachten ist, dass der Vermittlungsagent Anspruch auf Verzinsung der Auslagen hat. (844) Der Anspruch auf Auslagenersatz wird, andere Abreden vorbehalten, mit dessen Geltendmachung gegenüber dem Versicherer zur Zahlung fällig. (845) Von diesem Zeitpunkt weg läuft die Zinspflicht des Versicherers. (846)

8.5 Auflösung des Auftragsverhältnisses

8.5.1 Jederzeitige Auflösung (847)

Der Versicherer kann dem Vermittlungsagenten den erteilten Auftrag jederzeit entziehen, (848) und der Vermittlungsagent kann sich von seinen vertraglichen Verpflichtungen je-

(844) Art. 402 Abs. 1 OR.

(845) Gautschi, Art. 402, N. 13c.

(846) Art. 402 Abs. 1 OR.

(847) Art. 404 Abs. 1 OR.

(848) Gautschi, Art. 402, N. 8b.

derzeit dadurch befreien, dass er das Mandat niederlegt. (849) Die jederzeit mögliche Beendigung des Auftragsverhältnisses gilt als zwingendes Recht, das weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann. (850) Die allfällige Vereinbarung einer Kündigungsfrist ist damit nichtig, aber es steht der auflösenden Partei frei, die Auflösung erst auf ein zukünftiges Datum zu erklären und so eine Kündigungsfrist einzuhalten. Ohne entsprechende Angabe in der empfangsbedürftigen Kündigungserklärung wird das Auftragsverhältnis aber mit der Ausübung des Widerrufsrechtes oder der Mandatsniederlegung mit sofortiger Wirkung und ex nunc aufgelöst. (851)

8.5.2 Folgen der Auflösung

Die Auflösung des Mandatsverhältnisses löst die Abrechnungs- und Ablieferungspflicht (852) des Vermittlungsagenten aus. (853) Für die Fälligkeit der Provisionsansprüche gelten jedoch die vertraglich vereinbarten Termine weiterhin. Auch die Fälligkeit des Anspruches auf Auslagenersatz wird von der Auflösung des Auftragsverhältnisses nicht beeinflusst, da hier die Geltendmachung der Auslagenersatzforderung für die Entstehung und die Fälligkeit massgebend sind.

Mit dem Empfang des Widerrufs des Versicherers hört die Provisionsberechtigung auf. Sie besteht gestützt auf Art. 406 OR aber noch für alle Geschäfte, für die der Vermittlungsagent dem Versicherer im Zeitpunkt des Eingangs des

(849) Gautschi, Art. 402, N. 14.

(850) BGE 98 II 307f, E. 2a; 95 I 25; 59 II 261; 57 II 190;
Gautschi, Art. 404, N. 10a ff und N. 15a ff; Peyer, 108.

(851) Peyer, 108f.

(852) Art. 400 OR.

(853) Gautschi, Art. 404, N. 15d.

Widerrufes die Versicherungsanträge übergeben oder abgesandt hat oder die von seinen Kunden vor diesem Zeitpunkt direkt an den Versicherer abgesandt wurden.

8.5.3 Kündigungsschutz

Art. 404 Abs. 2 OR enthält einen minimalen Kündigungsschutz zugunsten beider Parteien. Wird das Mandat zur Unzeit widerrufen bzw. niedergelegt, so hat die auflösende Partei der Gegenpartei den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Als unzeitig müsste beispielsweise ein unbegründeter Widerruf des Auftrages durch den Versicherer gelten, wenn der Vermittlungsagent kurz vor dem Vermittlungserfolg eines provisionsträchtigen Geschäftes steht.

V. Kapitel: Die rechtlichen Drittwirkungen des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent

1. Vertragliche Verpflichtung des Versicherers aus der gesetzlichen Vollmacht des Vermittlungsagenten

Die bedeutenste Drittwirkung des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent ergibt sich aus der gesetzlichen Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten. (1) Diese Vollmacht legt fest, welche Handlungen des Vermittlungsagenten der Versicherer wie seine eigenen Handlungen gegen sich gelten lassen muss.

1.1 Die Bedeutung der gesetzlichen Vollmacht

1.1.1 Für den Versicherer

In der Literatur wird die Stellung des Vermittlungsagenten verschiedentlich als "Doppelstellung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer" umschrieben. (2) Diese Auffassung ist jedoch falsch. Wie in Kapitel IV dargestellt, besteht zwischen dem Vermittlungsagenten und dem Versicherer ein dauerndes Rechtsverhältnis, nach dem die Hauptpflicht des Vermittlungsagenten darin besteht, dem Versicherer möglichst viele neue Versicherungsverträge zu vermitteln. Dem Versicherer steht aufgrund dieses Vertragsverhältnisses gegenüber dem Vermittlungsagenten ein mehr oder weniger weit ausgebautes Direktionsrecht zu, dessen Pendant in der Pflicht des Vermittlungsagenten zur Befolgung der Weisungen des Versicherers zu sehen ist. Fehlen Weisungen des Versicherers, so hat der Vermittlungsagent dennoch ausschliesslich die Interessen des Versicherers zu verfolgen und dabei sowohl seine eigenen wie auch die Interessen

(1) Art. 34 VVG.

(2) Z.B. Farner, 12.

des Versicherungsnehmers hinten zu stellen. Die Treuepflicht, die meist vertraglich noch konkretisiert wird, verbietet es dem Vermittlungsagenten, vom Versicherungsnehmer irgendwelche Entschädigungen oder Geschenke anzunehmen. Von einer Doppelstellung des Vermittlungsagenten kann deshalb keine Rede sein. Der Vermittlungsagent ist auch nicht bloss als "Vertrauensmann" des Versicherers (3) zu qualifizieren. Er ist vielmehr Angestellter oder Beauftragter des Versicherers. Auf dieses Rechtsverhältnis gründet sich allenfalls das Vertrauensverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent.

Selbstverständlich ist der Versicherer an einer möglichst wenig weitgehenden Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten interessiert, (4) weil er dann durch dessen Handlungen nicht verpflichtet wird.

Die Bedeutung der gesetzlichen Vollmacht für den Versicherer liegt darin, dass er die Möglichkeiten kennt, durch die der Vermittlungsagent ihn gegenüber dem Versicherungsnehmer verpflichten kann. Diese Kenntnis befähigt ihn, den Vermittlungsagenten hinsichtlich dieser Vertretungshandlungen genauestens zu instruieren und die Kontrollen über die Vertretungstätigkeit des Vermittlungsagenten effizient zu gestalten.

1.1.2 Für den Versicherungsnehmer

Im Gegensatz zum Versicherer ist der Versicherungsnehmer daran interessiert, dass die Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten möglichst umfassend ist. Würden die Handlungen des Vermittlungsagenten den Versicherer überhaupt

(3) Roelli, 411; Rabich, 24f.

(4) Statt vieler. Roelli, 409.

nicht verpflichten, so könnte der Vermittlungsagent bei den Vertragsverhandlungen mit dem Versicherungsnehmer zu dessen Nachteil unwahre Angaben über den Versicherungsschutz oder die Versicherungsbedingungen machen, ohne dass der Versicherer in irgend einer Weise durch diese Angaben verpflichtet würde. Die dem Versicherungsnehmer für diese Fälle zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe aus seinen Willensmängeln bei Vertragsabschluss (5) helfen ihm im Schadenfalle nicht, da er nach Eintritt des befürchteten Ereignisses nicht an einer Vertragsauflösung ex tunc interessiert sein kann. Er ist vielmehr an der Erfüllung des Vertrages, sowie der Vermittlungsagent es versprochen hat interessiert. Auch eine strafrechtliche Sanktion (6) gegen den Vermittlungsagenten nützt ihm im Schadenfall wenig, da der Vermittlungsagent kaum in der Lage sein dürfte, den eingetretenen Vermögensschaden des Versicherungsnehmers zu ersetzen.

Die Bedeutung der gesetzlichen Vollmacht des Vermittlungsagenten liegt deshalb für den Versicherungsnehmer in erster Linie im Schutzzweck dieser Vollmacht zu seinen Gunsten. (7)

1.1.3 Für den Vermittlungsagenten

Auch der Vermittlungsagent selbst ist daran interessiert, die Wirkungen seiner Handlungen für den Versicherer zu kennen. Nur in Kenntnis dieser Wirkungen kann er beurteilen, ob eine bestimmte Handlung der Wahrung der Interessen des Versicherers dient, zu der er bei Schadenersatzfolge (8) vertraglich verpflichtet ist.

(5) Art. 24ff OR.

(6) Z.B. wegen Betruges.

(7) Gl. M. Farner, 18.

(8) vgl. unten Abschn. 4.1.

1.2 Die Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten

1.2.1 Legaldefinition

Der Gesetzgeber definiert die Vertretungsvollmacht des Versicherungsagenten in Art. 34 VVG wie folgt:

"Der Agent gilt dem Versicherungsnehmer gegenüber als ermächtigt, für den Versicherer alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche die Verrichtungen eines solchen Agenten gewöhnlich mit sich bringen, oder die der Agent mit stillschweigender Genehmigung des Versicherers vorzunehmen pflegt.

Der Agent ist nicht befugt, von den allgemeinen Versicherungsbedingungen abzuweichen."

Im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber (9) hat es der schweizerische Gesetzgeber bewusst unterlassen, die einzelnen Vertretungshandlungen des Vermittlungsagenten aufzuzählen, die durch die gesetzliche Vollmacht gedeckt sind. (10)

1.2.2 Rechtsnatur der Vollmacht

In der Literatur wird die in Art. 34 VVG enthaltene Vollmacht zumeist als Vollmachtspräsumtion bezeichnet. (11) Durch diesen Terminus wird die Rechtsnatur der Vollmacht nach Art. 34 VVG nicht vollumfassend charakterisiert.

Gemäss Art. 98 Abs. 1 VVG enthält Art. 34 VVG zwingendes Recht, das nicht zuungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten abgeändert werden darf. Der Ver-

(9) Art. 43ff dVVG.

(10) Roelli/Keller, 498.

(11) Roelli, 407, Roelli/Keller, 503 und Botschaft HRAG, 1336, sprechen von einer unwiderlegbaren Rechtsvermutung. Vgl. auch Farner, 9; Dubois, 33; Testutz, 29.

sicherungsnehmer kann sich sogar dann auf die in Art. 34 VVG festgelegte Vollmacht des Vermittlungsagenten berufen, wenn er eine allfällige interne Vollmachtsbeschränkung des Versicherers gekannt hat. (12)

Aus dem Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 VVG ergibt sich dagegen, dass die Vollmacht des Vermittlungsagenten über den gesetzlichen Rahmen hinaus erweitert werden kann. Für diese Erweiterung genügt bereits die stillschweigende Genehmigung von Vertretungshandlungen des Vermittlungsagenten durch den Versicherer, die über das hinausgehen, was "die Verrichtung eines solchen Agenten gewöhnlich mit sich bringen". Voraussetzung für eine stillschweigende Vollmachtserweiterung ist aber, dass der Versicherer diese weitergehenden Handlungen im Sinne einer allgemeinen Übung mehrmals genehmigt. (13)

Aus allen diesen Fakten folgt, dass die in Art. 34 Abs. 1 VVG enthaltene Vollmacht richtigerweise als unabdingbare gesetzliche Mindestvollmacht zu definieren ist.

1.2.3 Voraussetzungen

Die Entstehung der gesetzlichen Vertretungsvollmacht setzt voraus, dass der Vermittlungsagent vom Versicherer oder dessen zuständigen Organen als Agent bestellt und die Bestellung nach aussen kundgegeben wurde. (14) In welcher Form die Kundgabe der Bestellung des Agenten erfolgt, ist

(12) Roelli, 417; Dubois, 33; Dobler, 53f.

(13) Roelli, 418; Roelli/Keller, 516; Dubois, 35; Farner, 14; Testutz, 44; Meyer H.R. 83; Schübeler, 40.

(14) Roelli, 415; Roelli/Keller, 500; Dubois, 11; Meyer H.R., 13 Farner, 10f; Schübeler, 34f; Testutz, 41.

nicht entscheidend. In der Regel wird diese Kundgabe nach aussen nicht durch eine öffentliche Auskündigung in Zeitungsinseraten erfolgen. Der Vermittlungsagent wird seine Bestellung vielmehr dadurch kundtun, dass er mit Versicherungsvorschlägen an den einzelnen Versicherungsnehmer herantritt und sich durch den Besitz der dazu notwendigen Unterlagen des Versicherers (Antragsformulare, Versicherungstarif, Werbematerial) als Agent des betreffenden Versicherers ausweist.

Es ist auch nicht erforderlich, dass die Bestellung des Vermittlungsagenten ausdrücklich erfolgt. Für den Eintritt der Vollmachtswirkungen genügt es, dass der Versicherer die Agentendienste von einem nicht bestellten Dritten annimmt, (15) wobei aber auch hier die Annahme der Dienste durch eine ständige Uebung gegeben sein muss.

Zu beachten ist, dass für den Widerruf der Vollmacht die Bestimmungen des Art. 34 Abs. 3 OR gelten. (16) Nach dieser Vorschrift wirkt der Widerruf gegenüber dem gutgläubigen Dritten nur insoweit, als er diesem zur Kenntnis gebracht wurde. Der Entzug der Vollmacht ist aber nur wirksam, wenn der Vermittlungsagent künftig keine weiteren Handlungen im Sinne von Art. 34 VVG für den Versicherer vornimmt. (17)

(15) Roelli/Keller, 500.

(16) Gl. M. Roelli/Keller, 501; Farner, 12. A.M. Testutz, 41, der den Untergang der Vollmacht mit der Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent gleichsetzt.

(17) Art. 34 VVG enthält zwingendes Recht. Solange der Versicherer das öffentliche Auftreten des Agenten in seinem Namen duldet, bleibt der allfällige Entzug der Vollmacht wirkungslos.

1.2.4 Vollmachtsträger

Träger der in Art. 34 VVG festgelegten gesetzlichen Vollmacht ist jede natürliche oder juristische Person, die als Agent des Versicherers mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung auftritt. (18) Das zwischen dem Versicherer und dem Vermittlungsagenten bestehende interne Rechtsverhältnis ist dabei bedeutungslos. (19)

1.2.5 Ausschliesslichkeit der Vollmachtsregelung

Das Versicherungsvertragsgesetz geht dem Obligationenrecht als *lex specialis* vor. (20) Nach Art. 100 VVG findet das gemeine Recht nur dort Anwendung, wo das VVG keine Vorschriften enthält. Da die Vertretungsvollmacht des Vermittlungsagenten in Art. 34 VVG umfassend geregelt wird, ist diese Regelung auch abschliessend und ausschliesslich. (21)

1.3 Umfang der Vollmacht des Vermittlungsagenten

1.3.1 Abgrenzung zur Abschlussvollmacht

Der wesentlichste Unterschied zwischen der Abschluss- und der Vermittlungsvollmacht liegt darin, dass der Abschlussbevollmächtigte dem Versicherungsnehmer die Annahme des zu versichernden Risikos verbindlich zusagen kann, währenddem der Vermittlungsagent lediglich befugt ist, den Versicherungsantrag für den Versicherer entgegenzunehmen. Der Abschluss des Versicherungsvertrages erfolgt bei der Vermittlungsgesellschaft ausschliesslich durch den Versicherer.

Der Abschlussbevollmächtigte gilt deshalb für alle Handlungen bei den Vertragsverhandlungen und beim Vertragsab-

(18) vgl. dazu vorn Kap. II, Abschn. 1 und 3.

(19) Statt vieler: Roelli/Keller, 499f.

(20) Art. 100 VVG.

(21) Für die Erteilung und den Umfang der Vollmacht sind insbesondere die Bestimmungen von Art. 32ff OR nicht anwendbar.

schluss als Vertreter des Versicherers, der alle diese Handlungen vorbehaltlos zu vertreten hat. (22)

Die Handlungen des Vermittlungsagenten hat der Versicherer dagegen nur insoweit zu vertreten, als es sich um gewöhnliche Verrichtungen eines Vermittlungsagenten handelt. (23)

Ob der bestimmte Agent über eine Abschluss- oder eine Vermittlungsvollmacht verfügt, ist hingegen Tatfrage, die nicht abstrakt, sondern nur aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall entschieden werden kann. (24) Dem Versicherungsinteressenten wird es allerdings kaum möglich sein, diese Tatfrage schlüssig zu entscheiden. (25)

1.3.2 Die Bedeutung des Titels des Agenten (26)

Die Versicherungsagenten führen verschiedene, zum Teil hochtrabende Titel wie Versicherungsberater, Versicherungsinspektor, Hauptagent, Bezirksagent, Generalagent und in neuester Zeit auch "Versicherungsexperte". In der Literatur wird diese Titelveielfalt, die zum Teil geeignet ist, den Versicherungsinteressenten irrezuführen, zu recht kritisiert, weil sie sicher geeignet ist, die beim Versicherungspublikum schon bestehende Unklarheit über die Vertretungsbefugnisse noch zu vergrössern. (27) Trotzdem ist bis heute die Ansicht immer aufrecht erhalten worden, dass dem Titel,

(22) Roelli/Keller, 506f.

(23) Art. 34 Abs. 1 VVG; vgl. dazu nachfolgend Abschn. 1.3.3.

(24) Roelli, 420; Roelli/Keller, 503; Farner, 9; Dubois, 38; BGE 51 II 43f.

(25) Gl. M. Farner, 34.

(26) vgl. dazu vorn Kap. II, Abschn. 1.

(27) Dubois, 34ff; Farner, 15; Merz, 33, der mit Bezug auf das Titelwesen im Versicherungsaussendienst von einer "nicht gerade vorteilhaften Sonderstellung" spricht; Rabich, 42; Meyer H.R., 19.

den der Vermittlungsagent führt, normalerweise keine Bedeutung zukommen kann. (28) "Ausnahmsweise, namentlich da, wo Intellekt, Bildungsstand und praktische Erfahrung des Versicherungsinteressenten es rechtfertigen, wird indessen dem Umstande Rechnung getragen werden müssen, dass dem Agenten, seinem Titel zu folge (Generalagent, Spezialagent, usw.), für seine geschäftliche Tätigkeit besonderes Vertrauen entgegen gebracht wird". (29)

Dabei wurde aber keineswegs verkannt, dass auch der Versicherer an der hochtrabenden Titulierung der Agenten ein direktes wirtschaftliches Interesse hat. Ziel des Titelunwesens im Versicherungsaussendienst ist es nämlich, "das Publikum zu beeindrucken und dem Agenten eine bessere Aufnahme" beim Versicherungsinteressenten zu sichern. (30) Mit anderen Worten kann dies nur heissen, dass das Ziel des Titelunwesens ausschliesslich darin liegt, das Zutrauen des Publikums zum Vermittlungsagenten zu vertiefen, ohne dass dieses Vertrauen durch eine titeladäquate Vollmachterweiterung geschützt wird.

Auf der anderen Seite wird unverblümt festgestellt, dass im Publikum, "selbst in den sogenannt gebildeten Kreisen eine oft beispiellose Unklarheit über wichtige Fragen des Versicherungswesens und eine sonst wohl nirgends so allgemein hervortretende Unwissenheit herrscht." (31) Eine Unwissenheit, die der Versicherer oder sein Agent nach Grauer's Meinung gern für ihre Interessen ausnützen.

(28) Roelli, 418; Roelli/Keller, 503f; Farner, 15; Dubois, 34; Blatter, 34; Meyer H.R. 19 und 28.

(29) Roelli/Keller, 504.

(30) Farner, 16.

(31) Grauer, 292; gl. M. Zumbach, 9; Dubois, 5.

Die Versicherungsgesellschaften sind in neuester Zeit sogar dazu übergegangen, mit dem Vertrauen, das das Publikum dem Titel des Agenten ungerechtfertigterweise entgegenbringt, Imagewerbung für ihre Produkte zu betreiben. (32) Ein besonders krasses Beispiel dazu liefert eine All-Branchen-Gesellschaft, die schon seit längerer Zeit in einem Fernsehspot darauf hinweist, dass ihre Versicherungsexperten in allen von ihr vertretenen Sachbranchen umfassend ausgebildet wurden und über alle auftauchenden Versicherungsfragen umfassend Bescheid wissen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat aus diesem Werbeverhalten der Versicherungsgesellschaften jedenfalls den Schluss gezogen, dass sich in absehbarer Zeit eine Aenderung der jahrzehntelangen Gerichtspraxis mit Bezug auf die Wissensvertretung des Versicherers aufdrängen könnte. (33)

Diese Praxisänderung ist aus den angeführten Gründen längst fällig. Sie hat sich im Bereich der Zurechnung des Wissens des Vermittlungsagenten zum Wissen des Versicherers zu vollziehen. (34)

1.3.3 Vertretungshandlungen des Vermittlungsagenten

Anerkannterweise vermögen nicht alle Handlungen des Vermittlungsagenten den Versicherer zu verpflichten. Ob eine Handlung als durch die Vollmacht aus Art. 34 VVG gedeckt gilt,

(32) Das Zürcher Obergericht stellte in seinem Entscheid vom 16. Juni 1979 (ZR 78, Nr. 135, S. 315) ebenfalls fest, dass das gesamte Werbeverhalten der Versicherungsgesellschaften in letzter Zeit deutlich in die Richtung ging, dem Publikum Vertrauen in die gesamte Organisation des Versicherers einzuflössen und den Versicherungsvertreter als ausgewiesenen, vertrauenswürdigen Fachmann darzustellen.

(33) ZR 78, Nr. 135.

(34) vgl. nachfolgend Abschn. 1.4.

ist Tatfrage, (35) wobei auf die Uebung im Versicherungsaussendienst abzustellen ist. (36) Es sind deshalb die wesentlichen Tätigkeiten des Vermittlungsagenten im Verkehr mit dem Versicherungsnehmer im Einzelfall auf Vollmachts-elemente zu untersuchen.

a) Bei den Vertragsverhandlungen

Wie bereits früher festgehalten, (37) hat der Vermittlungsagent den wesentlichsten Teil seiner Tätigkeit bei den Vertragsverhandlungen mit dem Versicherungsinteressenten zu entfalten. Er hat den Kandidaten von der Versicherungsidee, vom Nutzen der Versicherung zu überzeugen. Er hat ihm die Einzelheiten des Vertrages, insbesondere die Versicherungsbedingungen zu erläutern. Die dabei auftauchenden Fragen des Versicherungskandidaten hat er zu beantworten, wobei die herrschende Meinung annimmt, dass die Antworten des Vermittlungsagenten für den Versicherer verbindlich sind, (38) falls die betreffende Versicherungsbedingung überhaupt deutungsfähig sei. (39) Keine Verpflichtung des Versicherers folgt aus Ausführungen des Vermittlungsagenten, die dieser unzweideutig als seine eigene Ansicht deklariert. (40)

Der Vermittlungsagent hat dem Versicherungskandidaten auch bei der Gefahrsdeklaration behilflich zu sein. Soweit er objektiv oder subjektiv unklare Fragen des Versicherungsneh-

(35) Dubois, 2.

(36) BGE 34 II 538. Wobei der gewöhnliche Umfang der Vollmacht je nach Branche des Versicherers variieren kann (vgl. Testutz, 43). Gl. M. Roelli, 417; Schübeler, 40; Meyer H.R., 83.

(37) vgl. vorn Kap. I, Abschn. 2.

(38) Roelli, 426; Roelli/Keller, 512; Dubois, 41f; Farner 40; Parpan, 54; Burnand, 77; BGE 77 II 67 E, 2a; 45 II 224.

(39) Roelli, 426; Roelli/Keller, 512; Dubois, 41f.

(40) Roelli, 419; Farner, 41; Testutz, 55.

mers beantwortet, gilt er ebenfalls als Vertreter des Versicherers. (41) Er ist nach der herrschenden Lehre hingegen nicht befugt, einzelne Fragen als unerheblich zu erklären. (42) Diese Problematik muss unter der Behandlung der Wissensrechnung abgehandelt werden. (43)

Aus der Tatsache, dass der Vermittlungsagent den Fragebogen selbständig ausfüllt und dem Versicherungskandidaten lediglich zur Unterschrift vorlegt, was wohlverstanden weit verbreitete Übung ist, kann jedenfalls nicht auf eine Vertretung des Versicherers geschlossen werden, da die Gefahrsdeklaration eine gesetzliche Pflicht des Versicherungsnehmers und nicht des Versicherers ist. (44)

Der Vermittlungsagent ist im weiteren bevollmächtigt, den Versicherungsantrag entgegenzunehmen. (45) Vom Moment der Uebergabe des Antrages an den Vermittlungsagenten läuft dem Versicherer die Annahmefrist von vierzehn Tagen, während der der Versicherungsinteressent an seinen Antrag gebunden bleibt.

Die durchgeführte Befragung hat zudem ergeben, dass die Vermittlungsagenten in der Schadensversicherung befugt sind, in beschränktem Umfang Deckungszusagen abzugeben. (46) Da sämtliche Sachversicherer diese Frage positiv beantwortet haben,

-
- (41) Roelli, 128; Roelli/Keller, 158f; Farner, 48; Meyer H.R., 83; Dubois, 43f; Geiser, 74; Parpan, 55; BGE 96 II 215 E. 6; 73 II 55 E. 5.
- (42) Farner, 48; BGE 96 II 215 E. 6; 73 II 55 E. 5; 68 II 334.
- (43) vgl. unten Abschn. 1.4.
- (44) Art. 4 VVG. Ueber die Wissensvertretung vgl. unten Abschn. 1.4.
- (45) Art. 1 Abs. 3 VVG.
- (46) Zum gleichen Resultat gelangt Geiser, 65f. A.M. Bischofberger, 95, der zum Schluss kommt, der Vermittlungsagent sei zur Abgabe einer Deckungszusage nicht befugt.

ist davon auszugehen, dass die Abgabe von Deckungszusagen in der Sachversicherung zu den üblichen Verichtungen des Vermittlungsagenten gehört und der Versicherer durch diese Deckungszusagen gestützt auf Art. 34 Abs. 1 VVG selbst dann verpflichtet wird, wenn der Vermittlungsagent interne Beschränkungen und Weisungen missachtet. (47)

b) Nach Vertragsabschluss

Nach dem Vertragsabschluss ist der Vermittlungsagent befugt, sämtliche Meldungen des Versicherungsnehmers (48) entgegenzunehmen, soweit diese Befugnis gegenüber dem Versicherungsnehmer nicht unzweideutig (49) ausgeschlossen wurde. (50) Ist diese Befugnis des Agenten im Versicherungsvertrag nicht ausgeschlossen worden, so gilt der Agent bei der Entgegennahme der Meldungen als Vertreter des Versicherers. (51)

Dagegen ist der Vermittlungsagent nicht befugt, Anträge auf Vertragsänderungen oder -anpassungen im Sinne von Art. 2 VVG entgegenzunehmen. (52) Gemäss Art. 2 Abs. 1 VVG in fine gilt ein Abänderungsantrag als angenommen, wenn der Versicherer ihn nicht innert vierzehn Tagen seit Empfang des Antrages ablehnt. Da dem Vermittlungsagenten keine Kompetenz zusteht, den Versicherer beim Abschluss des Vertrages - und um einen solchen handelt es sich sowohl bei der Verlängerung als auch bei der Anpassung eines bestehenden Vertrages - zu vertreten, treten die in Art. 2 Abs. 1 VVG vorgesehenen Rechtswirkungen ausschliesslich dann ein, wenn der Verlängerungs- bzw. Abänderungsantrag dem Versicherer zugeht.

(47) Gl. M. Farner, 35f.

(48) Wie etwa Anzeige der Gefahrserhöhung (Art. 30 VVG); Anzeige des Eintrittes des befürchteten Ereignisses (Art. 38 VVG).

(49) Farner, 66.

(50) Art. 44 Abs. 3 VVG.

(51) Gl. M. Farner, 15.

(52) Gl. M. Dubois, 58; a.M. Roelli/Keller, 513; Testutz, 70ff.

Uebergibt der Versicherer dem Vermittlungsagenten die Police zur Weitergabe an den Versicherungsnehmer, so gilt der Vermittlungsagent bei der Uebergabe der Police als Vertreter des Versicherers. Folglich wird der Versicherer mit der Uebergabe der Police an den Versicherungsnehmer aus dem Versicherungsvertrag auch dann verpflichtet, wenn der Vermittlungsagent dem Versicherungsnehmer die Police vor der Zahlung der Erstprämie aushändigt. (53)

Zum Prämieninkasso ist der Vermittlungsagent gestützt auf Art. 34 Abs. 1 VVG nicht bevollmächtigt. (54) Erteilt der Versicherer ihm hingegen eine Inkassovollmacht, so gilt er bezüglich des Prämieninkassos als Vertreter des Versicherers; mit Wirkung für den Versicherer kann er Mahnungen erlassen, (55) verspätete Prämienzahlungen annehmen, (56) aber keine Stundung der Prämien bewilligen. (57)

c) Nach Eintritt des befürchteten Ereignisses

Tritt das befürchtete Ereignis ein, so ist der Vermittlungsagent, unter Vorbehalt des vertraglichen Ausschlusses gemäss Art. 44 Abs. 3 VVG ermächtigt, die Schadensanzeige für den Versicherer entgegenzunehmen und den Versicherungsnehmer im Zusammenhang mit der Schadenanzeige aufzuklären und zu belehren. (58)

(53) Art. 19 Abs. 2 VVG; Gl. M. Dubois, 57.

(54) Roelli, 305 f; Roelli/Keller, 333; Dubois, 52ff; a.M. Schläpfer, 57 (aber ohne nähere Begründung).

(55) Statt vieler: Roelli/Keller, 339.

(56) Art. 21 Abs. 2 VVG; Farner, 62; Dubois, 54.

(57) Roelli/Keller, 354; Dubois, 56; Farner, 61.

(58) Roelli/Keller, 516.

Erteilt er dem Versicherungsnehmer Weisungen betreffend die Rettungsmassnahmen, so ist der Letztere bei Befolgung dieser Anweisungen gedeckt, (59) da er sich darauf verlassen darf, dass der Vermittlungsagent die Interessen des Versicherers wahre.

Zur Anerkennung der Leistungspflicht des Versicherers ist der Vermittlungsagent aber keinesfalls ermächtigt. (60)

1.4 Die Vertretung des Wissens des Vermittlungsagenten durch den Versicherer

1.4.1 Grundlagen

Die Frage der Vertretung des Wissens des Vermittlungsagenten durch den Versicherer ist im Versicherungsvertrag von entscheidender Bedeutung, weil der Versicherungsnehmer verschiedene Obliegenheiten in Form von Mitteilungen und Deklarationen an den Versicherer zu erfüllen hat, die dem Versicherer Aufschluss über das zu versichernde Risiko geben sollen. (61) Erfüllt er diese Anzeigepflicht nicht oder nicht richtig, so kann dies eine Kürzung des Leistungsanspruches gegen den Versicherer (62) oder gar die Befreiung des Versicherers von seiner Leistungspflicht (63) zur Folge

(59) Gl. M. Dubois, 60.

(60) Roelli, 429; Farner, 14f; BGE 60 II 452; VAS IV Nr. 261; VAS VI Nr. 187; VAS VII Nr. 189; VAS VIII Nr. 177 und 178.

(61) Anzeigepflicht bei Vertragsabschluss (Art. 4ff VVG); Anzeige der Gefahrserhöhung ohne Zutun des Versicherungsnehmers (Art. 30 VVG); Anzeige nach Eintritt des befürchteten Ereignisses (Art. 38 VVG).

(62) Schuldhaftige Verletzung der Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses (Art. 38 Abs. 1 VVG).

(63) Verletzung der Anzeigepflicht bei Vertragsabschluss (Art. 6 VVG); Verletzung der Anzeigepflicht bei Gefahrserhöhung ohne Zutun des Versicherungsnehmers (Art. 30 Abs. 1 VVG in Verb. mit Art. 28 Abs. 1 VVG); Unterlassung der Anzeigepflicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses in der Absicht, den Versicherer an der Feststellung der Schadensursache zu hindern (Art. 38 Abs. 3 VVG).

haben. Besonders gravierend sind diese Rechtsfolgen bei der Verletzung der Anzeigepflicht beim Vertragsabschluss, da die Leistungsbefreiung des Versicherers bei dieser Obliegenheitsverletzung im Gegensatz zur Verletzung der Anzeigepflicht bei Gefahrserhöhung ohne Zutun des Versicherungsnehmers, (64) auch dann eintreten, wenn die verschwiegene oder unrichtig angezeigte Gefahrstatsache für den Eintritt des befürchteten Ereignisses nicht kausal war. (65) Zur Verletzung der Anzeigepflicht bei Vertragsabschluss genügt zudem bereits die leichte Fahrlässigkeit, denn das schweizerische Privatrecht versteht unter dem Begriff "kennen müssen" das, was man infolge mangelnder Sorgfalt nicht kennt. Dieser Ausdruck umfasst die grobe und die leichte Fahrlässigkeit. (66)

Mit Bezug auf die Wissenszurechnung bereiten die Anzeigepflichtverletzungen bei Gefahrserhöhung ohne Zutun des Versicherungsnehmers und diejenige nach Eintritt des befürchteten Ereignisses keine Mühe, sofern die Anzeige an den Vermittlungsagenten nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 3 VVG abgeschlossen wurde. Hier erfolgt eine Anzeige an den Vermittlungsagenten rechtsgültig, und der Versicherer hat das dem Vermittlungsagenten zur Kenntnis gebrachte Wissen als sein eigenes vollumfänglich zu vertreten, da der Vermittlungsagent die Anzeige als Vertreter des Versicherers entgegennimmt. (67)

(64) Art. 32 Abs. 1 Ziff. 1 VVG.

(65) Art. 8 VVG enthält keine zu Art. 32 Abs. 1 Ziff. 1 VVG analoge Bestimmung. Gl. M. Roelli/Keller, 125 und 150 Anm. 1; BGE 92 II 352; 47 II 482; 34 II 537; Botschaft VVG, 278.

(66) Schönenberger, 55; Krenger, 27; Mathey 37; a.M. Botschaft VVG, 274, nach der "nur ein grobfahrlässiges Nichtwissen bedeutungsvoll ist."

(67) Gl. M. Roelli/Keller, 515; König Hans, 16f.

Das Problem der Wissenszurechnung konzentriert sich vielmehr auf diejenigen Fälle, wo der Vermittlungsagent entweder eigene Wahrnehmungen über die anzeigepflichtige Tatsache macht und der Versicherungsnehmer sich gutgläubig darauf verlässt, dass aus der fehlenden Belehrung des Vermittlungsagenten zu schliessen sei, dass diese Tatsache nicht erheblich sei (68) oder wo der Versicherungsnehmer dem Vermittlungsagenten gutgläubig eine anzeigepflichtige Tatsache zur Kenntnis bringt, der letztere ihn aber belehrt, dass diese Tatsache für den Versicherer unerheblich sei. Dieser zweite Fall kann sowohl bei der Gefahrsdeklaration bei Vertragsabschluss (69) als auch bei der Anzeigepflichterfüllung während der Vertragsdauer (70) eintreten.

1.4.2 Die herrschende Lehre

Die in der herrschenden Lehre vertretene Auffassung über die erwähnte Wissensvertretung des Versicherers basiert auf der Ansicht Roelli's, wonach "die Kenntnis des Agenten (Vermittlungsagenten, Generalagenten, etc.)" der Kenntnis des Versicherers grundsätzlich nicht gleich stehe. (71)

- (68) Der Vermittlungsagent weiss z.B., dass der Schadenfall eingetreten ist.
- (69) In der Gefahrsanzeige bei Vertragsabschluss sind die vom Versicherer gestellten Fragen schriftlich zu beantworten. Es kommt in der Praxis immer wieder vor, dass der Versicherungsnehmer auf die Belehrung des Vermittlungsagenten die schriftliche Deklaration einzelner Tatsachen unterlässt.
- (70) Zu denken ist etwa an die Fälle, wo der Versicherungsnehmer vertraglich verpflichtet ist, diese Anzeigen direkt an den Versicherer vorzunehmen (Art. 44 Abs. 3 VVG), der Vermittlungsagent ihm aber bei der Erstellung der betreffenden Anzeige behilflich ist und ihn dabei belehrt, eine bestimmte Tatsache, die Versicherungsnehmer anzeigen will, sei für den Versicherer unerheblich.
- (71) Roelli, 405.

Die herrschende Lehre hat daraus abgeleitet, dass eine Wissensvertretung des Versicherers nur insoweit bestehe, als die Handlung des Vermittlungsagenten durch die in Art. 34 Abs. 1 VVG festgelegte gesetzliche Vollmacht oder durch eine allenfalls vom Versicherer erweiterte Vollmacht gedeckt sei, da der Vermittlungsagent nur für diese Handlung als Vertreter des Versicherers gelte. (72) Diese Vollmacht enthalte zwar die Belehrung und Aufklärung des Versicherungsnehmers über objektiv oder subjektiv schwer- oder unverständliche Fragen im Anzeigeformular. Dagegen sei der Vermittlungsagent keinesfalls befugt, einzelne Fragen in den Anzeigeformularen als gegenstandslos zu bezeichnen. (73)

1.4.3 Kritik an der herrschenden Lehre

Zur Beurteilung der Wissenvertretung des Versicherers müssen folgende Tatsachen in Erinnerung gerufen werden:

- a) Der Vermittlungsagent im Versicherungsgewerbe hat dem Versicherer einen "pfannenfertigen" Versicherungsantrag einzureichen. Zu diesem Antrag gehört auch die vom Versicherer verlangte Gefahrsdeklaration. Der Versicherer selbst tritt in diesem Vertragsstadium nie direkt an den Versicherungsnehmer heran. Es ist deshalb klar, dass eine der Hauptaufgaben des Vermittlungsagenten bei der Aquisitionstätigkeit darin besteht, Anzeigepflichtverletzungen zu verhindern. (74)

(72) Roelli/Keller, 162, Anm. 4; Farner, 14 und 48f; Dubois, 50f und 61; Meyer H.R., 99f; BGE 96 II 214ff; 77 II 66f; 73 II 53; 68 II 333; 61 II 368; 51 II 456ff.

(73) vgl. oben Abschn. 1.3.3., lit. a, Anm. 42.

(74) Feldmeier, 242.

- b) Der Vermittlungsagent ist aber gestützt auf seine erfolgsbedingte Entgeltsvereinbarung mit dem Versicherer am Vertragsabschluss direkt interessiert. Falls er erkennt, dass Schwierigkeiten auftauchen könnten, die ihn um seinen Provisionsanspruch bringen, "wird er Mittel und Wege suchen, seine Provision zu retten." (75) Diese Mittel und Wege können sehr wohl darin bestehen, dass er dem Versicherungsinteressenten erklärt, die betreffende Frage des Versicherers sei unwesentlich. (76)
- c) Das Publikum muss in Versicherungsfragen, unabhängig vom Bildungsstand des Einzelnen, als völlig unerfahren qualifiziert werden. (77)
- d) In ihrer Werbung streichen eine grosse Zahl von Versicherungsgesellschaften heraus, dass ihre Aussendienstmitarbeiter gut ausgebildete und ausgewiesene Fachleute seien, die alle auftauchenden Versicherungsfragen beantworten könnten. (78)
- e) Im internen Rechtsverhältnis ist der Vermittlungsagent verpflichtet, dem Versicherer alles mitzuteilen, was er über ein zu versicherndes oder versichertes Risiko weiss oder erfährt. (79) Verletzt er diese Vertragspflicht, so wird er dem Versicherer schadenersatzpflichtig. (80) Zudem stellt die Verletzung dieser

(75) von Wartburg, Versicherungswerbung, 276.

(76) vgl. die Beispiele in BGE 77 II 64ff; 68 II 328ff; 45 II 218ff.

(77) vgl. oben Abschn. 1.3.2, Anm. 31.

(78) vgl. ZR 78, Nr. 135.

(79) vgl. vorn Kap. IV, Abschn. 4.2.5 und 8.3.6.

(80) vgl. unten Abschn. 4.1.

Vertragspflicht sowohl im Arbeits- wie auch im Agenturvertragsrecht für den Versicherer einen wichtigen Grund zur fristlosen Vertragsauflösung dar.

- f) Der Versicherer bildet den Vermittlungsagenten aus, er erteilt ihm Weisungen und kontrolliert seine Tätigkeit. (81) Er hat dem Vermittlungsagenten gesetzliche Neuerungen und die neueste Gerichtspraxis zu vermitteln. (82) Der Vermittlungsagent ist seinerseits verpflichtet, die einschlägigen Weisungen des Versicherers zu befolgen. (83) Verletzungen der Weisungsbefolgungspflicht lösen die Schadenersatzfolge zulasten des Vermittlungsagenten aus und können dem Versicherer überdies ebenfalls als wichtiger Grund zur fristlosen Vertragsauflösung dienen.

Die herrschende Lehre lässt alle diese Fakten ausser Betracht und stellt immer noch auf eine Auffassung ab, die Roelli anfangs dieses Jahrhunderts, also lange vor Inkrafttreten des Handelsreisendenvertragsrechtes, des Agenturvertragsrechtes und der Revision des Arbeitsvertragsrechtes, unter ganz anderen sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen kreiert hat. Dabei übersieht die herrschende Lehre die zentrale Annahme, die Roelli seiner Rechtsauffassung zugrundegelegt hat:

"Der Grossbetrieb, auf den das Versicherungsgewerbe zufolge seiner technischen Grundlage angewiesen ist (...), erfordert die Mitwirkung zahlreicher, räumlich weit zerstreuter Hilfspersonen, die mit dem Versicherer nur in loser Verbindung stehen. Diese Verhältnisse bringen

(81) Gruss, Auswahl, 26; Müller-Lutz, 114.

(82) König Hans, 6; Eckert, 200ff.

(83) vgl. Kap. IV, Abschn. 4.2.2 und 8.3.2.

es mit sich, dass die Tätigkeit des Agenten im Einzelnen weder der direkten Einwirkung, noch der ständigen Kontrolle des Versicherers unterliegen kann. Eine unbeschränkte Verantwortlichkeit des Versicherers für Agentenhandlungen hätte zur Folge, dass an Stelle der, ausschliesslich oder doch in der Hauptsache auf Provisionen angewiesenen Agenten fest besoldete Beamten treten müssten. Denn es ist klar, dass der Versicherer die Wahrung seiner Interessen grundsätzlich nicht Hilfspersonen anvertrauen darf, die, aufgrund des üblichen Honorierungssystems, den Wert ihrer Arbeitsleistung nach der Menge der erzielten Geschäftsabschlüsse zu bemessen geneigt sind. Die notwendige Folge wäre eine Verteuerung des Geschäftsbetriebes, für die selbstverständlich die Versicherungsinteressenten aufzukommen hätten." (84)

Der heutige Vermittlungsagent untersteht der direkten oder indirekten Weisungsgewalt und Kontrolle des Versicherers, (85) seine vertragliche Bindung an den Versicherer oder an dessen Generalagenten kann nicht mehr als "lose" bezeichnet werden, da die Versicherungsgesellschaften praktisch ausnahmslos Handelsreisende oder Agenten im Sinne von Art. 418a ff OR beschäftigen. Der Grossteil der hauptberuflichen Vermittlungsagenten bezieht zudem ein festes Gehalt oder erhält durch eine Provisionsgarantie des Versicherers eine feste Mindestentschädigung.

Damit sind aber die von Roelli genannten Haupthindernisse für eine unbeschränkte Verantwortlichkeit des Versicherers

(84) Roelli, 410.

(85) vgl. Kap. IV Abschn. 4.2.2 und 8.3.2. Als indirekte Instruktionsgewalt sind diejenigen Fälle zu betrachten, wo der Generalagent oder der Hauptagent, der der direkten Instruktionsgewalt des Versicherers untersteht, mit Billigung (und oft auch mit Zustimmung des Versicherers zu konkreten Einstellungen) seinerseits Vermittlungsagenten einstellt.

für die Agentenhandlungen bereits seit vielen Jahren aus dem Weg geräumt, weshalb es an der Zeit ist, die sich aufzwingenden Schlussfolgerungen zu ziehen.

Ganz abgesehen davon stimmt die Annahme von Roelli nicht, dass eine Aussendienstorganisation, die ausschliesslich auf hauptberuflichen Mitarbeitern aufgebaut ist, den Geschäftsbetrieb des Versicherers erheblich verteuern würde. Ein hauptberuflicher Agent wird eine Vielzahl von nebenberuflich tätigen Vermittlungsagenten ersetzen können, und so sein festes Gehalt ohne grössere Schwierigkeiten mit den verdienten Provisionen decken können.

Die Untragbarkeit der Verantwortungsregelung von Roelli ergibt sich schon aus seinem oben zitierten Text selbst. Während er dem Versicherer die Verantwortung für die von ihm selbst gewählte Aussenorganisation weitgehend abspricht, ist Roelli bereit, das Risiko, das in dieser zum Teil unfachmännischen Verkaufsorganisation steckt, schlankweg dem einzelnen Versicherungsnehmer zu überbinden, dem er selbst weitgehende Unwissenheit in Versicherungsfragen attestiert. (86)

Für den Versicherungsnehmer ist die Gefahr geblieben, dass der Vermittlungsagent ihm bei der Erfüllung von versicherungsrechtlichen Obliegenheiten aus Rücksicht auf die Provision leichtfertig falsche Belehrung zukommen lässt, was für den in Versicherungsfragen anerkanntermassen unerfahrenen Durchschnittsbürger im Schadenfall gravierende Folgen haben kann.

Dass das Publikum vor den Verkaufsmethoden des Versicherungsaussendienstes auch heute noch zuwenig geschützt ist, ergibt sich aus der Motion von Nationalrat Jäggi, die immerhin von mehr als einem Viertel aller Nationalräte mitunterzeichnet wurde. (87) In seiner noch unveröffentlichten Stellungnahme dieser Motion bestreitet auch der Bundesrat nicht, dass der Schutz des Versicherungsnehmers laufend der Entwicklung des Versicherungswesens anzupassen sei. Nach Ansicht des Bundesrates ist diese Anpassung aber im Rahmen des heute vorliegenden Versicherungsvertragsgesetzes durchaus möglich. Dieser Auffassung kann zugestimmt werden, zumal auch der Bundesrat der Meinung ist, dass das Bundesamt für Privatversicherungswesen als Aufsichtsbehörde die erforderlichen Kontrollen noch verbessern könne. Zusätzlich ist aber zu fordern, dass auch die Gerichte, die Privatversicherungsstreitigkeiten zu entscheiden haben, die tatsächlichen Gegebenheiten im Versicherungswesen besser erfassen und der Entwicklung des Schutzes des Versicherungsnehmers bei der Rechtsprechung angemessen Rechnung tragen. (88)

1.5 Tragbarkeit der gesetzlichen Vollmachtsregelung im Verkehr.

Die heutige Vollmachtsregelung des Versicherungsagenten zeichnet sich dadurch aus, dass sie sehr flexibel ist. Im Gegensatz zur Regelung im deutschen Versicherungsvertragsrecht (89) unterlässt es das schweizerische VVG, die einzelnen Handlungen des Vermittlungsagenten aufzuzählen, mit denen er den Versicherer verpflichtet. Der Gesetzgeber hat damit in Kenntnis der Tatsache, dass das Publikum in Versicherungs- (90) und damit auch in Versicherungsrechtsfragen

(87) Motion Jäggi zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes vom 13. März 1980.

(88) Diese Entwicklung ist im Entscheid des Zürcher Obergerichtes (ZR 78, Nr. 135) erkannt worden. Es gilt nun, sie in die Rechtsprechung zu übernehmen.

(89) DVVG § 43.

(90) vgl. Roelli, 425f.

völlig unerfahren ist, der juristisch eleganteren Lösung gegenüber der verkehrssicheren starren Regelung nach deutschem Vorbild den Vorzug gegeben. Mit dieser eleganten Lösung wurde allerdings der Rechtssicherheit im Verkehr überhaupt nicht Rechnung getragen. Der Versicherungsinteressent - mit Ausnahme der ausgesprochenen Kenner der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung - kann überhaupt nicht beurteilen, ob eine bestimmte Handlung eines Vermittlungsagenten nun zu dessen, nach der Verkehrsauffassung üblichen Verrichtungen gehört, die auch für den Versicherer verbindlich ist.

Für den Richter hat die heutige Lösung zwar den grossen Vorteil, dass er alle aktuellen Vertretungshandlungen mit Art. 34 VVG erfassen kann, ohne langwierige Gesetzesrevision abwarten zu müssen.

Für den betroffenen Verbraucher trägt hingegen diese unpräzisierte Ausgestaltung der gesetzlichen Vollmacht des Versicherungsagenten höchstens zur schon bestehenden Verwirrung über Versicherungs- und Versicherungsrechtsfragen bei. Eine Verwirrung, die ihn beim Eintritt des Versicherungsfalles unter Umständen um Hab und Gut bringen kann.

Eine solche Regelung einer gesetzlichen Vollmacht, die insbesondere dem Schutz des Versicherungsnehmers dienen soll, ist im Verkehr nicht tragbar. Im Interesse einer Verbesserung der Rechtssicherheit ist bei einer allfälligen Revision des VVG die gesetzliche Vollmacht des Versicherungsagenten - aufgeteilt nach Vollmachtenkategorien (91) - möglichst präzise zu regeln. Das Argument, dass dadurch vermehrte Revisionen des VVG notwendig würden, ist nicht stichhaltig. Der schweize-

(91) Abschluss- oder Vermittlungsvollmacht.

rische Gesetzgeber ist in anderen Sachfragen (92) in der Vergangenheit stets bereit gewesen, innert weniger Jahren mehrere Gesetzesrevisionen durchzuführen. Die gleiche Aufmerksamkeit ist ihm auch auf dem volkswirtschaftlich wichtigen Gebiet des Privatversicherungswesen (93) zuzumuten.

1.6 Erweiterung der gesetzlichen Vollmacht des Vermittlungsagenten

1.6.1 Notwendigkeit der Verbesserung des Schutzes des Versicherungsnehmers

Für den einzelnen Verbraucher sind die Versicherungsfragen von zentraler Bedeutung, was sich darin dokumentiert, dass er rund einen Sechstel seines Einkommens für Prämien an öffentlichrechtliche und privatrechtliche Versicherungen ausgibt. Diese Ausgaben dienen aber nicht dem Konsum irgendwelcher Güter, sondern ausschliesslich zur Sicherung gegen allfällige wirtschaftliche Verluste. Diese Vorsorge ist von allgemeinem volkswirtschaftlichem Interesse. Das Zwangsparen über einen Versicherungsvertrag verhindert, dass der Einzelne bei einem allfälligen Eintritt des befürchteten Ereignisses dem Gemeinwesen zur Last fällt.

Diesem Vorsorgebedürfnis des Einzelnen ist von der Gesetzgebung dadurch Rechnung zu tragen, dass die Interessen des Versicherungsnehmers im Schadenfalle nicht durch formalistische Einwendungen des auf Gewinn bestrebten Versicherers vereitelt werden können.

(92) Z.B. im Steuerrecht, im Landwirtschaftsrecht, z.T. auch im Obligationenrecht (Arbeitsvertragsrecht).

(93) vgl. vorn Kap. I, Abschn. 1.

1.6.2 Präzisierung des Inhaltes der Legalvollmacht

Dem Schutzbedürfnis des Einzelnen kann schon dadurch Rechnung getragen werden, dass dem Versicherer verunmöglicht wird, sich im Schadenfalle hinter eine Legalvollmacht des Vermittlungsagenten zu verschanzen, die der Versicherungsnehmer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anerkannterweise gar nicht überblicken konnte.

Die Präzisierung der Legalvollmacht nach deutschem Muster ist ein gesetzesspolitisch dringendes Erfordernis. Sie allein genügt jedoch nicht. Es sind ausserdem Bestimmungen in das VVG aufzunehmen, die den Versicherer verpflichten, den Umfang der Vollmacht eines bestimmten Agenten dem Versicherungsnehmer expressis verbis zur Kenntnis zu bringen. Dies muss dadurch geschehen, dass der Text der Legalvollmacht für die der Versicherer für den betreffenden Agenten einsetzen will, sowohl ins Antrags- als auch in alle übrigen Formulare aufgenommen werden muss, deren richtige Ausfüllung für die Leistungsverpflichtung des Versicherers von Bedeutung sind. (94)

Für den Fall der Unterlassung dieser Informationspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer hat das Gesetz eine unwiderlegbare Abschlussvollmacht des handelnden Agenten zu präsumieren, und zwar unabhängig davon, ob die Unterlassung vom Versicherer oder vom Vermittlungsagenten zu vertreten ist.

Den berechtigten Interessen des Versicherers mit Bezug auf die Verpflichtung durch Handlungen von nebenberuflich tätigen Agenten ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die gesetzliche

(94) Z.B. Schadenanzeigen.

Vollmacht nicht bloss zwischen Abschluss- und Vermittlungsagenten sondern auch zwischen haupt- und nebenberuflichen Vermittlungsagenten unterscheidet. Dabei kann die Vollmacht des nebenamtlichen Agenten darauf beschränkt werden, den Antrag für den Versicherer entgegenzunehmen. Der Versicherer würde, entsprechende Information des Versicherungsnehmers auf den Versicherungsunterlagen vorausgesetzt, folglich für die Erklärungen der nebenberuflichen Vermittlungsagenten überhaupt nicht mehr einzustehen haben.

Durch die Aufnahme der zutreffenden Vollmacht des bestimmten, dem Versicherungsnehmer gegenüber tretenden Agenten, könnte der letztere ausreichend geschützt werden, vorausgesetzt, die gesetzliche Vollmacht wird in einer verständlichen Umgangssprache formuliert.

Diese Mitteilung der Vollmacht des vermittelnden Agenten auf den Versicherungsformularen hätte überdies den Vorteil, dass im Streitfall der Umfang der Vollmacht des betreffenden Agenten klar wäre. Der Versicherer wäre durch die vorbehaltlose Entgegennahme eines Antrages oder einer Anzeige, die eine andere Vollmacht des Vermittlungsagenten stipuliert, als diesem im internen Verhältnis zukommt, an die Vollmachtsdeklaration in den betreffenden Versicherungsdokumenten gebunden.

1.6.3 Erweiterung der Wissenszurechnung

Mit Bezug auf die Zurechnung des Wissens des Vermittlungsagenten zum Wissen des Versicherers ist der neueren Auffassung zu folgen, dass der Vermittlungsagent, obwohl nicht Organ des Versicherers, an der Führung der Vertragsverhandlungen wesentlich, im Versicherungsgewerbe sogar ausschliesslich beteiligt ist, weshalb sein Wissen über das zu ver-

sichernde Risiko dem Versicherer aus Billigkeitsgründen vollumfänglich zuzurechnen ist. (95) Unwesentlich ist dabei, ob der Vermittlungsagent dieses Wissen aus eigener Wahrnehmung oder aus Mitteilungen des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten erworben hat.

Für die Sachversicherungsbranche muss dies heute schon gelten. Die Tatsache, dass der Versicherer bereit ist, für Deckungszusagen seines Vermittlungsagenten einzustehen, kann m.E. nichts anderes heissen, als dass er diesem - wenn auch nur in beschränktem Umfang - Abschlussvollmacht erteilt. Das Wissen des Abschlussagenten ist auch nach der herrschenden Lehre dem Versicherer vollumfänglich zuzurechnen.

Selbstverständlich kann die Zurechnung des Wissens des Vermittlungsagenten dort nicht erfolgen, wo der Versicherungsnehmer bösgläubig ist, da der Sinn der Erweiterung der Wissenszurechnung nicht darin bestehen kann, dass der Versicherer für absichtliche Schädigung durch den Versicherungsnehmer einzutreten hätte.

Diese Erweiterung der Wissenszurechnung drängt sich schon unter dem geltenden Recht auf und lässt sich auch ohne weiteres unter den heutigen Art. 34 VVG subsumieren.

1.6.4 Folgen für den Versicherer

Da eine Erweiterung der Wissenszurechnung als notwendig und billig erachtet wird, stellt sich die Frage, ob die daraus

(95) Gl. M. Stoffel, 48; Sieger, 113; Kientsch, 76f. Noch weiter gehen Jäggi, Art. 3, N. 140 und Stark, Art. 933, N. 77a, die die Kenntnis aller an einem bestimmten Rechtstatbestand beteiligten Personen, unabhängig von ihrer internen Stellung, zum Wissen der juristischen Person rechnen.

resultierenden Folgen für den Versicherer tragbar und gerechtfertigt sind.

Dazu ist zu bedenken, dass der Versicherer heute dem Vermittlungsagenten eine permanente, umfassende und wohl auch kostspielige Ausbildung angedeihen lässt. Im Rahmen dieser Ausbildung ist es dem Versicherer ohne weiteres zumutbar, dass er seine Agenten über die Tragweiten ihres Handelns umfassend instruiert. Im Rahmen seiner vertraglichen Weisungs- und Kontrollbefugnis kann der Versicherer den Agenten ausreichend überwachen und festgestellte Mängel rechtzeitig richtigstellen. Hält sich ein Agent nicht an diese Weisungen, so steht dem Versicherer im Innenverhältnis der Schadenersatzanspruch aus der Vertragsverletzung gegen diesen Agenten zu. Ausserdem kann er den vertragswidrigen handelnden Agenten fristlos entlassen.

1.6.5 Andere Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes des Versicherungsnehmers

Statt durch die vorgeschlagene Revision des Art. 34 VVG könnte der Schutz des Vermittlungsagenten auch verbessert werden, indem das in Art. 6 VVG enthaltene "Alles-oder-Nichts-Prinzip" aufgegeben würde. (96)

Die Rechtsfolgen für unrichtig angezeigte oder verschwiegene Gefahrstatsachen müssten nach dem Grad des Verschuldens des Versicherungsnehmers abgestuft werden. Bei einer leichtfahrlässigen Verletzung der Obliegenheit durch den Versicherungsnehmer oder dessen Beauftragten steht einer vollumfänglichen Leistungspflicht des Versicherers nichts im Wege,

(96) Gl. M. König Willy, ZSR., 210ff.

da der Versicherer auch bei leichtfahrlässiger Herbeiführung des befürchteten Ereignisses durch den Versicherungsnehmer oder dessen Hilfsperson vollumfänglich haftet. (97) Bei grober Fahrlässigkeit ist dagegen eine dem Grade des Verschuldens des Versicherungsnehmers angemessene Leistungskürzung vorzusehen, vorausgesetzt, dass die verschwiegene oder unrichtig angezeigte Gefahrstatsache für den Eintritt des Schadenfalles kausal war. (98) Verschweigt der Versicherungsnehmer die Tatsache absichtlich, so ist die Leistungsbefreiung des Versicherers gerechtfertigt.

Dort wo der Versicherer zur vollumfänglichen oder teilweisen Leistung verpflichtet bleibt, muss ihm zudem das Recht zustehen, eine der effektiven Risikolage angemessene Prämie für die ganze Vertragsdauer nachfordern zu dürfen.

2. Vertragliche Haftung des Versicherers für Schädigung durch den Vermittlungsagenten

2.1 Abgrenzung gegenüber Art. 34 VVG und Art. 55 OR

Die Marginalie von Art. 34 VVG (99) könnte dazu verleiten, die vertragliche Haftung des Versicherers für Schädigung durch den Vermittlungsagenten unter diese Bestimmung zu subsumieren. Dieser Versuch müsste fehlschlagen, weil Art. 34 VVG ausschliesslich die Vertretung des Versicherers durch den Agenten regelt. Mit den Handlungen, die unter Art. 34 VVG fallen, verpflichtet der Agent den Versicherer zur Erfüllung des Vertrages.

(97) Art. 14 Abs. 4 VVG.

(98) Gleiche Regelung in Art. 32 Abs. 1 VVG.

(99) "Verantwortlichkeit des Versicherers für seinen Agenten."

Klar davon zu trennen ist die vertragliche Haftung des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer für Schädigungen, die der Vermittlungsagent dem letzteren bei der Erfüllung einer Schuldspflicht oder bei der Ausübung eines Rechtes aus dem Versicherungsvertrag zufügt. Die Haftung des Versicherers für diese Schädigungen des Vermittlungsagenten ergibt sich aus Art. 101 OR. (100)

Von der vertraglichen Haftung des Versicherers für Schädigungen durch seinen Agenten ist auch die ausservertragliche Haftung zu unterscheiden. (101) Während die vertragliche Haftung des Versicherers ausschliesslich auf Schädigungen gegenüber den aus Versicherungsvertrag Berechtigten oder Verpflichteten zur Anwendung kommen kann, regelt Art. 55 OR die Haftung für Schäden, die der Vermittlungsagent Dritten bei der Ausübung seiner dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen zufügt. (102)

2.2 Die gesetzliche Regelung der vertraglichen Haftung

Die Idee von Art. 101 OR liegt darin, dass diejenige Vertragspartei, die sich bei der Ausübung eines Anspruches oder bei der Erfüllung einer Schuldspflicht aus einem Schuldverhältnis einer Hilfsperson bedient, für das Verhalten dieser Hilfsperson einzustehen hat, wie wenn er die Handlung selbst ausgeführt hätte. Art. 101 OR erfasst folglich das schädigende Verhalten des Erfüllungs- oder des Nutzungsgehilfen. (103)

(100) Roelli, 413f; Roelli/Keller, 501; Dubois, 32, Burnand, 77.

(101) Art. 55 OR.

(102) vgl. Oftinger, Bd. II/1, 110; Guhl, 189; Auer, 24; Testutz, 26; Becker, Art. 101, N. 12; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 4; unklar Farner, 27, der davon spricht, dass die Verantwortlichkeit des Versicherers durch die Bestimmung in Art. 34 VVG nicht erschöpfend geregelt sei.

(103) Becker, Art. 101, N. 9 und N. 21; Portmann, 50.

2.3 Haftungsvoraussetzungen nach Art. 101 OR

Für die Begründung der vertraglichen Haftung des Versicherers für Handlungen seines Agenten müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) Es muss ein Schuldverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Geschädigten vorliegen. Dieses Schuldverhältnis muss nicht auf Vertrag beruhen, jedes Verpflichtungsverhältnis (z.B. aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus unerlaubter Handlung) genügt. (104) Der Versicherer haftet bei der Erfüllung des Versicherungsvertrages somit auch gegenüber dem Anspruchsberechtigten aus Art. 101 OR.

- b) Die Schädigung muss durch eine Hilfsperson des Versicherers anlässlich der Erfüllung einer Schuldpflicht oder der Ausübung eines Rechtes des Versicherers aus dem Schuldverhältnis herbeigeführt werden. (105) Als Hilfsperson gilt jede Person, unabhängig von ihrem Rechtsverhältnis zum Versicherer, der sich dieser bedient; ein Subordinationsverhältnis wird bei der vertraglichen Haftung im Gegensatz zur Haftung aus Art. 55 OR nicht vorausgesetzt. (106)

Dort wo der Vermittlungsagent schuldrechtliche Handlungen für den Versicherer vornimmt, die nicht als Stellvertretungshandlungen unter Art. 34 VVG fallen, besteht folglich die vertragliche Haftung des Versicherers aus Art. 101 für den Vermittlungsagenten unabhängig vom internen Rechtsverhältnis.

(104) Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 4.

(105) Portmann, 43f.

(106) Becker, Art. 101, N. 9; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 8; Portmann, 46f; a.M. Auer, 23; BGE 83 II 238f; 70 II 220.

- c) Die schuldrechtliche Verrichtung des Vermittlungsagenten muss einen Schaden beim Kontrahenten des Versicherers bewirken. (107)
- d) Der Vermittlungsagent muss den Schaden schuldhaft herbeigeführt haben, wobei jedoch jedes Verschulden genügt. (108) Dagegen kommt auf das Verschulden des Versicherers nichts an, da Art. 101 OR seine Kausalhaftung stipuliert. (109)

2.4 Wegbedingung der Haftung des Versicherers

Im Gegensatz zur Haftung für eigene Handlungen des Versicherers, die nur für leichtes Verschulden wegbedungen werden kann, (110) könnte die vertragliche Haftung des Versicherers gestützt auf Art. 101 Abs. 2 OR grundsätzlich für jedes Verschulden des Vermittlungsagenten, also auch für absichtliche Schädigungen (111) wegbedungen werden.

Da der Betrieb einer Versicherungsgesellschaft aber einer Konzession des Bundesrates bedarf, (112) gilt bezüglich der Wegbedingung der vertraglichen Haftung Art. 101 Abs. 3 OR. Nach dieser Bestimmung kann der Versicherer seine vertragliche Haftung nur für leichtes Verschulden seiner Hilfspersonen wegbedingen.

-
- (107) Zu denken ist etwa an den Verzugsschaden bei der Auszahlung der Versicherungsleistung.
 - (108) Oefinger, Bd. II/1, 111f; Portmann, 52; BGE 46 II 180; 70 II 221; 80 II 253f; 82 II 533; a.M. Becker, Art. 101, N. 20; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 12; Auer, 18. Deren Ansicht steht aber in klarem Widerspruch zum Gesetzestext (vgl. Art. 101 Abs.3 OR, der von der Wegbedingung für leichtes Verschulden spricht).
 - (109) Oefinger, Bd. II/1, 113.
 - (110) Art. 100 Abs. 2 OR.
 - (111) Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 14.
 - (112) Art. 3 VAG und ausdrücklich Art. 9 Abs. 3 VAG.

Ein zu Art. 55 Abs. 1 OR analoger Entlastungsbeweis, dass er die notwendige Sorgfalt zur Verhütung eines Schadens aufgewendet habe, steht dem Versicherer bei der vertraglichen Haftung nicht zu. (113)

3. Ausservertragliche Haftung des Versicherers

- 3.1 Die gesetzliche Regelung der ausservertraglichen Haftung
Das Obligationenrecht lässt den Geschäftsherrn aus Billigkeitsgründen (114) für den Schaden haften, die seine Hilfspersonen Dritten bei der Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen zugefügt haben. (115) Auch bei dieser Haftung des Geschäftsherrn handelt es sich um eine Kausalhaftung, d.h. sein eigenes Verschulden ist für die Beurteilung seiner Haftung nicht massgebend. (116)

Bei der Haftung aus Art. 55 OR steht es dem Geschädigten frei, seinen Schaden direkt gegenüber der Hilfsperson geltend zu machen. (117) Dem Geschäftsherrn selbst steht gegenüber der Hilfsperson ein Regressrecht insoweit zu, als diese selbst Schadenersatzpflichtig ist. (118)

3.2 Haftungsvoraussetzungen aus Art. 55 OR

Die Haftung des Versicherers für ausservertragliche Schädigungen durch den Vermittlungsagenten ist unter folgenden Voraussetzungen gegeben:

(113) Oftinger, Bd. II/1, 112; Portmann, 52; BGE 70 II 221.

(114) Gl. M. Guhl, 189; Auer, 24f.

(115) Art. 55 Abs. 1 OR.

(116) Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 24; Oftinger, Bd. II/1, 96f; Auer, 25; Guhl, 190; BGE 72 II 201.

(117) Guhl, 189; Portmann, 53; BGE 77 II 148.

(118) Art. 55 Abs. 2 OR.

- a) Der Schädiger muss eine Hilfsperson des Versicherers sein. Dabei verlangt Art. 55 OR ein Subordinationsverhältnis, ein Weisungsrecht des Versicherers und eine Weisungsbefolgspflicht des Vermittlungsagenten. (119)

Als Hilfsperson im Sinne von Art. 55 OR gilt jeder, der den "Zwecken und Interessen eines anderen dienstbar und zugleich demselben untergeordnet ist". (120) Nach dieser Definition besteht die Geschäftsherrenhaftung für den Vermittlungsagenten unabhängig vom internen Rechtsverhältnis, da der Versicherer gegenüber allen Vermittlungsagentenkategorien weisungs- und kontrollbefugt ist. (121)

- b) Die Schädigung muss dem Dritten in Ausübung einer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung zugefügt werden. Als solche Verrichtung gilt jede Tätigkeit, "um derentwillen sich der Geschäftsherr der Hilfsperson für seine Zwecke bedient." (122)
- c) Dem Dritten muss ein Schaden aus der Verrichtung der Hilfsperson entstanden sein. (123)

(119) Becker, Art. 55, N. 2; Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 13; Oftinger, Bd. II/1, 134ff; Auer, 23f; Portmann, 66f; BGE 70 II 220.

(120) Portmann, 67.

(121) vgl. vorn Kap. IV, Abschn. 4.2.2 und 8.3.2; a.M. Oftinger, Bd. II/1, 136, der aber speziell auf den Warenagenten abstellt.

(122) Oftinger, Bd. II/1, 144f; Auer, 19f; Guhl, 190; Becker, Art. 55, N. 5; BGE 34 II 518; 36 II 498; 38 II 620; 43 II 187; 46 II 126; 49 II 368.

(123) Oftinger, Bd. II/1, 142ff.

- d) Das Verhalten der Hilfsperson muss rechtswidrig sein, (124) es muss also eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung vorliegen. Hingegen ist nicht erforderlich, dass die Hilfsperson die Rechtswidrigkeit schuldhaft begeht. (125) Es genügt schon die blossе Verur-sachung des Schadens. (126)

Die Geschäftsherrenhaftung des Versicherers für seinen Vermittlungsagenten dürfte allerdings selten zum Zuge kommen. Auf jeden Fall ist sie nicht geeignet diejenigen Fälle von Anzeigepflichtverletzungen zu erfassen, die der Versicherer gemäss herrschender Lehre auch dann nicht zu vertreten hat, wenn der Versicherungsnehmer dem Rat des Vermittlungsagenten gefolgt ist. In Konsequenz zur herrschenden Lehre zu diesem Problem tritt in diesen Fällen der Schaden des Versicherungsnehmers durch dessen eigenes Verschulden ein. Das Selbstverschulden des Geschädigten entlastet den Geschäftsherren jedoch von seiner Haftung nach Art. 55 OR. (127)

3.2 Exkulpationsmöglichkeiten des Versicherers

Für die ausservertragliche Haftung des Versicherers für seinen Vermittlungsagenten muss als negative Haftungsvoraussetzung das Fehlen von Entlastungs- oder Befreiungsgründen des Versicherers gegeben sein.

Entlastungsgründe liegen dann vor, wenn der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem schädigenden Verhalten

-
- (124) Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 17; Becker, Art. 55, N. 8; Guhl, 190; Auer, 25; Oftinger, Bd. II/1, 149.
(125) Becker, Art. 55, N. 8; Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 18; Oftinger, Bd. II/1, 148; Guhl, 190; Portmann, 68; Auer, 25.
(126) BGE 57 II 38ff.
(127) Oftinger, Bd. II/1, 149; BGE 61 II 185.

der Hilfsperson durch die Einwirkung von höherer Gewalt, durch Selbstverschulden des Geschädigten oder durch schuldhaftige Handlungen von Drittpersonen unterbrochen wird. (128)

Als besondere Befreiungsgründe für die Geschäftsherrenhaftung gilt der Nachweis, dass der Versicherer die gebotene Sorgfalt zur Verhütung eines Schadens beobachtet hat. Die Sorgfalt muss sich auf die Auswahl (129) und die Instruktion und Ueberwachung (130) der Hilfsperson sowie auf die Organisation der Arbeit (131) und die Tauglichkeit der verwendeten Arbeitsgeräte (132) beziehen.

4. Haftung des Vermittlungsagenten

Die Haftung des Vermittlungsagenten gehört richtigerweise nicht zu den Drittwirkungen seines Rechtsverhältnisses mit dem Versicherer. Sie wurde diesem Kapitel beigelegt, damit alle Haftungsfragen einheitlich behandelt werden können.

Die Haftung des Vermittlungsagenten kann sich entweder aus dem Vertrag mit dem Versicherer, aus einem Auftragsverhältnis mit dem Versicherungsnehmer oder aus unerlaubter Handlung ergeben.

-
- (128) Oftinger, Bd. II/1, 149; BGE 61 II 185; 57 II 42.
(129) Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 10; Becker, Art. 55, N. 27; Oftinger, Bd. II/1, 155; BGE 32 II 512.
(130) Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 11; Becker, Art. 55, N. 28; Oftinger, Bd. II/1, 155; BGE 57 II 65.
(131) Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 12; Becker, Art. 55, N. 29; Oftinger, Bd. II/1, 154; BGE 81 II 125; 31 II 701.
(132) Oser/Schönenberger, Art. 55, N. 13; Becker, Art. 55, N. 30; Oftinger, Bd. II/1, 154; BGE 57 II 65; 64 II 262.

4.1 Vertragliche Haftung gegenüber dem Versicherer

Die vertragliche Haftung des Vermittlungsagenten gegenüber dem Versicherer ergibt sich für alle möglichen Rechtsverhältnisse aus Art. 97ff OR. Die Sonderbestimmungen zu den einzelnen Rechtsverhältnissen (133) regeln lediglich das Mass der Sorgfalt, das der Vermittlungsagent bei der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten zu vertreten hat.

4.1.1 Haftungsvoraussetzungen

Die Haftungsvoraussetzungen ergeben sich ebenfalls aus den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts. (134) Der Haftungsanspruch des Versicherers setzt voraus, dass der Vermittlungsagent eine vertragliche Pflicht schuldhaft verletzt hat, (135) dass der Versicherer dadurch einen Schaden erleidet, und dass zwischen der Vertragsverletzung und dem Eintritt des Schadens ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. (136)

Der Vermittlungsagent haftet grundsätzlich für jedes Verschulden, (137) die Wegbedingung der Haftung ist gestützt auf Art. 100 Abs. 1 OR nur für leichte Fahrlässigkeit zulässig. (138)

Die Beweislastverteilung ergibt sich aus Art. 97 Abs. 1 OR. Nach dieser Vorschrift hat der Versicherer lediglich das Be-

(133) Art. 321e OR für das Arbeitsvertragsrecht; Art. 321e in Verb. mit Art. 398 Abs. 1 OR für das Auftragsrecht; Art. 418c für das Agenturvertragsrecht.

(134) Art. 97ff OR.

(135) Art. 97 Abs. 1 OR.

(136) Oefinger, Bd. I, 48f.

(137) Art. 99 Abs. 1 OR.

(138) Gl. M. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 312.

stehen eines Vertrages, das Vorliegen einer Vertragsverletzung und eines Schadens sowie den Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Eintritt des Schadens zu beweisen. Der Beweis für fehlendes Verschulden obliegt dem Vermittlungsagenten im Sinne eines Exculpationsbeweises. (139)

4.1.2 Mass der Sorgfalt im Arbeitsvertrags- und Auftragsrecht

Mit Bezug auf das Mass der Sorgfalt, das der Auftragnehmer zu vertreten hat, verweist das Obligationenrecht auf den Arbeitsvertrag. (140) Arbeitnehmer, Handelsreisender (141) und Beauftragter haften deshalb für die gleiche Sorgfalt.

"Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen." (142)

Damit ist das Mass der vertraglichen Haftung des Arbeitnehmers gegenüber der allgemeinen Haftungsvorschrift in Art. 97ff OR erheblich gemildert worden. (143) Die vom Vermittlungsagenten aufzuwendende Sorgfalt bestimmt sich nicht objektiv. (144) Es sind vielmehr subjektive Momente wie Fach-

(139) Art. 321e Abs. 2 OR.

(140) Art. 97 Abs. 1 OR in fine.

(141) Mit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes wurde die Sorgfaltshaftung des Handelsreisenden, der früher wie der Agent nach Art. 418a ff OR die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu vertreten hatte (Art. 4 Abs. 1 HRAG) erheblich gemildert; vgl. auch Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 311.

(142) Art. 321e Abs. 2 OR.

(143) Gl. M. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, 311; Rehbinder, Arbeitsrecht, 53.

(144) Schweingruber, 71.

kenntnisse, Bildungsgrad, Fähigkeiten und Eigenschaften des Vermittlungsagenten mitzuberücksichtigen.

Berücksichtigt der Versicherer die Fähigkeiten und Eigenschaften des Vermittlungsagenten, die er kennt oder hätte kennen müssen, (145) bei der Arbeitszuteilung nicht, so hat er im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 OR insofern für sein eigenes Verhalten einzutreten, als dies zu einer Herabsetzung der Schadenersatzleistung des Vermittlungsagenten führen wird. (146)

Für den Fall, dass der Arbeitnehmer die Stelle beim Versicherer ohne wichtigen Grund nicht antritt oder fristlos verlässt, gilt die spezielle Schadenersatzbestimmung gemäss Art. 337d OR. Nach dieser Regel hat der Arbeitgeber Anspruch auf einen Viertel des vereinbarten Monatslohns, sowie auf Ersatz des allfälligen weiteren Schadens. Ist der Schaden des Versicherers geringer, so kann der Richter die gesetzliche Pauschalentschädigung nach seinem Ermessen herabsetzen. Zu beachten ist aber, dass der Versicherer diesen Anspruch innert dreissig Tagen seit dem Nichtantritt oder dem Verlassen der Arbeitsstelle durch Klage oder Betreibung geltend machen muss; andernfalls ist sein Entschädigungsanspruch verwirkt.

(145) Dabei genügt leichtfahrlässiges Verschulden. Vgl. Schönenberger, 55; Krenger, 27; Mathey, 37.

(146) Schweingruber, 71; Rehbinder, Arbeitsrecht, 53.

4.1.3 Mass der Sorgfalt im Agenturvertragsrecht

"Der Agent hat die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wahren." (147)

Definitionsgemäss geniesst der Vermittlungsagent nach Art. 418a ff OR bei der Ausübung seiner vertraglichen Pflichten eine grössere Freiheit als etwa der Handelsreisende oder der Beauftragte. (148) Der Versicherer ist deshalb darauf angewiesen, dass der Vermittlungsagent die ihm übertragenen Geschäfte mit derjenigen Sorgfalt erledigt, die ein Kaufmann üblicherweise auf seine eigenen Geschäfte anwenden würde. Die gegenüber dem Arbeitnehmer erweiterte Sorgfaltspflicht des Agenten bezieht sich insbesondere auf die Organisation der Arbeit, den Verkehr mit den Kunden und die ordnungsgemässe Buchführung. (149)

Bei der Beurteilung des Masses der Sorgfalt muss der Richter die Schwierigkeiten der zu leistenden Arbeit des Vermittlungsagenten berücksichtigen. (150) Auf subjektive Momente wie Bildungsgrad, Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Eigenschaften darf aber bei der Festsetzung des Schadenersatzes des Vermittlungsagenten nach Art. 418a ff OR keine Rücksicht genommen werden, (151) da gerade darin die vom Gesetzgeber gewollte grössere Sorgfaltspflicht dieses Agenten begründet ist.

(147) Art. 418c Abs. 1 OR.

(148) vgl. vorn Kap. IV, Abschn. 4.2.2 und 8.3.2.

(149) Wehrli, 61.

(150) Gautschi, Art. 418c, N. 5b; Wehrli, 61.

(151) Wehrli, 61; a.M. Gautschi, Art. 418c, N. 5b.

4.2 Haftung gegenüber dem Versicherungsnehmer

Gegenüber dem Versicherungsnehmer kann der Vermittlungsagent aus Auftrag oder aus unerlaubter Handlung haftpflichtig werden.

Das hier interessierende Auftragsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Vermittlungsagenten besteht darin, dass der Vermittlungsagent vom Versicherungsnehmer beauftragt wird, dessen Versicherungsangelegenheiten zu regeln. Der Vermittlungsagent haftet in diesem Falle dem Versicherungsnehmer für alle Pflichtverletzungen die eine Leistungseinschränkung oder gar eine Leistungsbefreiung des Versicherers zur Folge haben. (152)

Für die vertragliche Haftung des Vermittlungsagenten gegenüber dem Versicherungsnehmer gelten die oben beschriebenen Haftungsvoraussetzungen. (153) Er hat die gleiche Sorgfalt zu beachten wie ein Arbeitnehmer. (154)

Der Versicherer wird seinem Agenten regelmässig verbieten, derartige Aufträge des Versicherungsnehmers entgegenzunehmen, weil sich daraus eindeutig Interessenskonflikte des Vermittlungsagenten ergeben. Verletzt er dieses Verbot, so kann darin für den Versicherer Anlass zu einer fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund liegen.

(152) So insbesondere für die Einreichung des Antrages, für sachgerechte Gefahrsdeklaration und für rechtzeitige Erfüllung aller weiterer Obliegenheiten aus dem Versicherungsvertrag.

(153) vgl. oben Abschn. 4.1.1.

(154) vgl. oben Abschn. 4.2.2.

Für Schäden, die der Vermittlungsagent als Hilfsperson des Versicherers bei der Erfüllung von Pflichten oder der Ausübung von Rechten aus dem Versicherungsvertrag dem Versicherungsnehmer zufügt, haftet dem Versicherungsnehmer gestützt auf Art. 101 OR ausschliesslich der Versicherer. (155) Die gleiche Regelung gilt auch für die vertraglichen Haftungsansprüche des Anspruchsberechtigten. Begeht der Vermittlungsagent eine unerlaubte Handlung, so haftet er dem Versicherungsnehmer gestützt auf Art. 41ff OR.

4.3 Haftung gegenüber Dritten

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert hier nur die Haftung für unerlaubte Handlung des Vermittlungsagenten, soweit es sich bei diesen um dienstliche oder geschäftliche Verrichtungen für den Versicherer handelt.

Für Schäden aus solchen Handlungen haftet der Vermittlungsagent unter den oben beschriebenen Voraussetzungen (156) für jedes Verschulden neben dem Versicherer. Der Versicherer haftet aber im Gegensatz zum Vermittlungsagenten auch dann, wenn letzterem kein Verschulden zur Last fällt. (157)

(155) vgl. oben Abschn. 2.2; 2.3; 2.4.

(156) vgl. oben Abschn. 3.

(157) vgl. oben Abschn. 3.2, Anm. 125.

VI. Einflüsse des öffentlichen Rechts auf die Stellung des
Vermittlungsagenten

Aufgrund seines Rechtsverhältnisses mit dem Versicherer ergeben sich verschiedene Einflüsse des öffentlichen Rechts, denen der Vermittlungsagent Beachtung schenken muss. So untersteht er unter bestimmten Voraussetzungen den verschiedenen Strafsanktionen der Versicherungsaufsichtsgesetzgebung, ist unter Umständen verpflichtet, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen und wird gegebenenfalls steuerrechtlich als Selbständigerwerbender erfasst.

1. Vermittlungsagent und Versicherungsaufsichtsgesetzgebung

1.1 Versicherungsaufsichtsgesetz

Gemäss Art. 3 VAG unterliegt der Betrieb einer Versicherungsunternehmung in der Schweiz der Bewilligung durch den Bundesrat. Erteilt dieser die Konzession nicht, so ist es privaten Unternehmungen untersagt, in der Schweiz das Versicherungsgeschäft zu betreiben. (1) Das VAG enthält jedoch keine Definition, was unter der "Vornahme von Versicherungsgeschäften in der Schweiz" (2) zu verstehen ist.

Nach Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 VAG hat der Bundesrat vor der Konzessionserteilung die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft (3), die allgemeinen Versicherungsbedingungen (4) und die versicherungstechnischen Unterlagen (wie Mortalitätstabellen, Methoden der Reservenberechnung) (5) zu überprüfen. Ausländische Versiche-

(1) Art. 3 Abs. 2 VAG in Verb. mit Art. 2 Abs. 1 VAG.

(2) Art. 3 Abs. 2 VAG.

(3) Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a und b VAG.

(4) Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 VAG.

(5) Art. 2 Abs. 1 Ziff. 2 lit. a-c VAG.

rungsgesellschaften haben zudem nachzuweisen, dass sie am ausländischen Sitz ihrer Gesellschaft im eigenen Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können, dass sie also am statutarischen Sitz als juristische Personen im Sinne des schweizerischen Privatrechts gelten. (6) Ausserdem haben sie in der Schweiz ein Hauptdomizil sowie einen Generalbevollmächtigten (7) zu bezeichnen und eine Abschrift der Vollmacht des Generalbevollmächtigten vorzulegen. (8) Spätere Veränderungen der Eigenkapitalbasis, der allgemeinen Versicherungsbedingungen, der versicherungstechnischen Unterlagen sowie der Rechtsform der Gesellschaft oder der Abberufung und Einsetzung eines Generalbevollmächtigten sind dem Bundesrat sofort zur Kenntnis zu bringen. (9)

Die Versicherungsgesellschaften haben dem Bundesrat zudem alljährlich einen detaillierten Rechenschaftsbericht über den Versicherungsbestand, die Schadenfälle sowie die Rückversicherungsverhältnisse (10) zusammen mit einer detaillierten Erfolgsrechnung und der Schlussbilanz der Gesellschaft (11) einzureichen. Zusätzlich zur Erfolgsrechnung und Bilanz haben die Versicherungsgesellschaften Aufschluss über den Bestand an Versicherungsverträgen in der Schweiz, die in der Schweiz vereinnahmten Prämien und die in der Schweiz fällig gewordenen Versicherungsleistungen zu erteilen. (12) Ausserdem haben die Versicherungsunternehmen oder deren Generalbevollmächtigter dem Bundesrat auf Verlangen weitere Auskünfte zu erteilen oder Buchereinstellung

(6) Art. 2 Abs. 1 Ziff. 3 lit. a VAG.

(7) Über die Aufgaben des Generalbevollmächtigten vgl. zur Kap. 11 Abschn. 1.3.

(8) Art. 2 Abs. 1 Ziff. 3. lit. b VAG.

(9) Art. 4 VAG.

(10) Art. 5 Ziff. 1-5 VAG.

(11) Art. 6 VAG.

(12) Art. 7 VAG.

zu gewähren und Kontrollen über alle Belange der Verwaltung der Versicherungsgesellschaft zu gestatten. (13)

Bei der Prüfung der erwähnten Unterlagen hat der Bundesrat die gebotenen Interessen der Versicherten zu wahren, (14) sie also insbesondere davor zu schützen, dass die Versicherungsgesellschaft im Falle des Schadenseintrittes ausser Stande ist, die vereinbarte Versicherungsleistung zu erbringen.

Aus diesem Schutzzweck ist abzuleiten, dass sämtliche Versicherungsgesellschaften, die in der Schweiz Versicherungsnehmer werben, unter die Konzessionspflicht des VAG fallen. Welcher Art diese Werbetätigkeit ist, kann keine Rolle spielen. M.E. genügt es, wenn eine ausländische Versicherungsgesellschaft in der Schweiz einen Vermittlungsagenten beschäftigt, da dessen vertragliche Haupttätigkeit in der Werbung von Versicherungsnehmern im Vertragsgebiet besteht.

Nicht erforderlich ist, dass die ausländische Gesellschaft in der Schweiz eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung betreibt. (15) Die Bezeichnung eines Hauptdomizils gemäss Art. 2 Ziff. 3 lit. b VAG hat lediglich den Zweck, einerseits einen Erfüllungsort für Leistungen aus dem Versicherungsvertrag festzulegen und andererseits einen inländischen Gerichtsstand für Klagen des Versicherungsnehmers gegen die ausländische Gesellschaft zu begründen.

(13) Art. 8 VAG.

(14) Heute wird die Prüfung der laufenden Geschäftstätigkeit der Versicherungsgesellschaften durch das Bundesamt für Privatversicherungswesen selbständig wahrgenommen (Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesverwaltung vom 26. März 1914, Art. 23 Abs. 2 und 4 in Verb. mit Bundesratsbeschluss betreffend die Zuständigkeit der Departemente und der ihnen unterstellten Amtsstellen vom 17. November 1914, Art. 20).

(15) vgl. Art. 925 Abs. 2 OR und Art. 69ff der Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937.

Verletzungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes werden strafrechtlich geahndet. (16) Diesen Strafsanktionen unterliegen auch Handlungen des Vermittlungsagenten, wobei hier nicht auf den Agentenbegriff nach Art. 418a ff OR sondern auf denjenigen gemäss Art. 34 VVG abzustellen ist. (17)

1.1.1 Tätigkeit für einen nicht konzessionierten Versicherer

Das Versicherungsaufsichtsgesetz sieht die Bestrafung der Organe sowie aller Gehilfen einer nicht konzessionierten Versicherungsgesellschaft beim unbefugten Betrieb einer Versicherungsunternehmung in der Schweiz vor. (18) Da der Vermittlungsagent unentbehrliches Bindeglied zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ist, dessen Tätigkeit darin besteht, dem Versicherer Versicherungsverträge zu vermitteln, liegt im Falle des Abschlusses von solchen Verträgen zumindest Gehilfenschaft des Vermittlungsagenten vor. Da aber bereits die Werbetätigkeit für einen nicht konzessionierten Versicherer als unbefugter Betrieb einer Versicherungsgesellschaft zu qualifizieren ist, kommt dem Vermittlungsagenten sogar die Täter- bzw. Mittätereigenschaft zu, da er durch diese Werbetätigkeit selbst das notwendige vorkehrt, um das Delikt zu verwirklichen. (19)

1.1.2 Verbreitung von unwahren Angaben über die Geschäftsverhältnisse des Versicherers

In Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2 VAG wird auch die Veröffentlichung unwahrer Angaben über die Geschäftsverhältnisse des Versicherers unter Strafe gestellt. Hier kommt dem Vermittlungsagen-

(16) Art. 10 und 11 VAG.

(17) vgl. vorn Kap. II, Abschn. 1 und 3.

(18) Art. 11 Abs. 1 VAG.

(19) vgl. dazu die reichhaltige Bundesgerichtspraxis: BGE 91 IV 221; 86 IV 134; 81 IV 62f; 80 IV 266; 77 IV 91.

ten die Tätereigenschaft ex lege zu, da der in Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2 VAG verwendete Begriff "Agent" im Sinne von Art. 34 VVG auszulegen ist. (20) Strafbar ist die Veröffentlichung unwahrer Angaben, soweit es sich um solche Angaben handelt, die dem Bundesrat gestützt auf Art. 2, 5, 6 und 7 VAG zur Ueberprüfung der Voraussetzungen und der Geschäftstätigkeit mitzuteilen sind. (21) Eine Veröffentlichung unwahrer Angaben wird durch die Verteilung von Werbematerial realisiert, das diese unwahren Angaben enthält. (22)

1.1.3 Strafvoraussetzungen und Strafmass

Während das gemeine Strafrecht in der Regel nur vorsätzliche Verbrechen und Vergehen mit Strafe bedroht, (23) genügt für Uebertretungen, die in einem anderen Bundesgesetz unter Strafe gestellt sind, schon die fahrlässige Begehung, "sofern nicht nach dem Sinne der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist." (24) Für Tatbestände, die mit Freiheitsstrafen von mehr als drei Monaten bedroht sind, finden die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches Anwendung. (25)

Wie oben (26) festgestellt, kommt der Vermittlungsagent sowohl für den Betrieb der nicht konzessionierten Versicherungsunternehmung als auch für die Verbreitung unwahrer Angaben über den Geschäftsbetrieb des Versicherers als Mitarbeiter bzw. als Täter in Betracht. Gestützt auf Art. 333 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 und 2 VAG genügt

-
- (20) vgl. vorn Kap. II, Abschn. 1 und 3.
(21) vgl. oben Abschn. 1.
(22) Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2 VAG in fine.
(23) Art. 18 Abs. 1 StGB.
(24) Art. 333 Abs. 3 StGB.
(25) Art. 333 Abs. 2 StGB.
(26) vgl. oben Abschn. 1.1.1 und 1.1.2.

als Verschulden bereits die fahrlässige Begehung der Uebertretung. Deshalb kann sich der Vermittlungsagent auch nicht auf den Sachverhaltsirrtum berufen. (27) Gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB ist der Vermittlungsagent, der das Fehlen der Konzession oder die Unwahrheit der Angaben über die Geschäftstätigkeit des Versicherers bei pflichtgemässer Vorsicht hatte erkennen können, wegen Fahrlässigkeit strafbar, weil die fahrlässige Uebertretung zur Bestrafung ausreicht.

Der Vermittlungsagent begeht die Uebertretung fahrlässig, wenn er "die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat". (28) Eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit liegt vor, wenn der Vermittlungsagent die Vorsicht nicht beachtet, "zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist". (29)

Für die Vertretung des konzessionslosen Versicherers wird die Pflichtwidrigkeit der Unvorsicht des Vermittlungsagenten immer gegeben sein, da er sich durch Einsichtnahme in die bundesrätliche Konzession von der Rechtmässigkeit des Betriebes des Versicherers überzeugen könnte.

Bei der Verbreitung von unwahren Angaben über den Geschäftsbetrieb des Versicherers wird dagegen auf die subjektiven Momente beim Vermittlungsagenten abzustellen sein. Der Vermittlungsagent wird kaum je in die Lage kommen, die Angaben des Versicherers in den Werbeunterlagen prüfen zu können.

(27) Art. 19 Abs. 1 StGB.

(28) Art. 18 Abs. 3 StGB erster Satz.

(29) Art. 18 Abs. 3 StGB zweiter Satz.

Er dürfte auch nach den gegebenen Umständen nicht verpflichtet sein, diese Angaben auf deren Wahrheitsgehalt zu überprüfen. In den meisten Fällen wird deshalb die dem Vermittlungsagenten vorzuwerfende Unvorsichtigkeit nicht eine pflichtwidrige im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StGB sein, weshalb eine Bestrafung für die Verbreitung unwahrer Angaben über den Geschäftsbetrieb des Versicherers praktisch nur dann in Frage kommen kann, wenn der Vermittlungsagent wusste, dass diese Angaben unwahr sind, also nur wenn er vorsätzlich handelt.

Als Strafen sind Busse bis fünftausend Franken oder Gefängnis bis zu sechs Monaten angedroht, wobei Gefängnisstrafe und Busse kumulativ ausgesprochen werden können. (30)

Die Strafen sind durch das zuständige kantonale Gericht auszufällen.

Zu beachten ist, dass es sich bei diesem Uebertretungsstrafatbestand um ein Offizialdelikt handelt. (31)

1.1.4 Berufsverbot für den Vermittlungsagenten

Macht sich ein Vermittlungsagent wegen Uebertretung von Art. 11 VAG strafbar, so kann das erkennende Gericht ihm jede weitere Tätigkeit in Bezug auf Versicherungsgeschäfte, also auch jede weitere Vermittlungstätigkeit für Versicherungsgesellschaften verbieten. Das Berufsverbot, das erheblich härter erscheint als die Hauptstrafe selbst, kann unbefristet ausgesprochen werden.

(30) Art. 11 Abs. 3 VAG.

(31) Art. 11 Abs. 1 VAG: "Von Amtes wegen oder auf Klage hin werden den kantonalen Gerichten zur Bestrafung überwiesen:..." Gl. M. König Willy, Privatversicherungsrecht, 56; a.M. BGE 45 I 286, hier wird für die Strafverfolgung eine Ueberweisung durch die zuständige Bundesbehörde verlangt, was aber gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes spricht.

Da aber weder der Bund noch die Kantone Register über die Versicherungsvermittlungsagenten führen, ist ein unbeschränktes Berufsverbot gegen einen Vermittlungsagenten sinnlos, weil das erkennende Gericht keine Möglichkeiten hat, das Verbot auch effektiv durchzusetzen oder dessen Einhaltung nachhaltig zu überwachen. Sobald der Eintrag der Hauptstrafe im Strafregister gelöscht wird, wird zudem kein Versicherer mehr in der Lage sein, das Vorliegen eines Berufsverbotes des einzustellenden Vermittlungsagenten zu überprüfen.

Es scheint deshalb empfehlenswert, bei einem allfälligen Berufsverbot gegen einen Vermittlungsagenten Art. 54 StGB analog anzuwenden und ein Berufsverbot längstens für die Dauer von fünf Jahren auszusprechen.

1.2 Bundesgesetz über die Kautionen der Versicherungsgesellschaften vom 4. Februar 1919 (Kautionsgesetz)

Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Kautionsgesetzes hat jede in der Schweiz konzessionierte Versicherungsgesellschaft dem Bundesrat eine Kaution zu bestellen. Diese dient zur Deckung von Forderungen aus Versicherungsverträgen, die die Gesellschaft in der Schweiz abgeschlossen hat (32) sowie von öffentlich-rechtlichen Forderungen des Bundes oder der Kantone, soweit sie sich aus dem Versicherungsaufsichtsgesetz oder dem Kautionsgesetz ergeben. (33)

Da allfällige Bussen, die über den Vermittlungsagenten wegen Verletzung von Art. 10 oder 11 VAG verhängt werden, als öffentlich-rechtliche Forderungen aus dem Versicherungsauf-

(32) Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 Kautionsgesetz.

(33) Art. 2 Abs. 1 Ziff. 2 Kautionsgesetz.

sichtsgesetz zu qualifizieren sind, haftet der Versicherer mit seiner Kautions für diese Bussen des Vermittlungsagenten solidarisch.

1.3 Bundesratsbeschluss über den Anwerbebetrieb der Lebensversicherungsgesellschaften

Gestützt auf die Delegation des Gesetzgebers (34) erliess der Bundesrat am 11. September 1931 den Beschluss über den Anwerbebetrieb der Lebensversicherungsgesellschaften in der Schweiz. In diesem Bundesratsbeschluss werden verschiedene Praktiken im Lebensversicherungsgewerbe verboten und mit Strafe bedroht. Zuständig für die Ausfällung der Strafe ist das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement. (35)

1.3.1 Adressaten des Beschlusses

Der Bundesratsbeschluss richtet sich an die "Lebensversicherungsgesellschaften und ihre Agenten und Vermittler". Interessant am Adressatenkreis in diesem Bundesratsbeschluss ist die Tatsache, dass der Erlass nicht auf den Agentenbegriff gemäss Art. 34 VVG abgestellt sondern zwischen Agenten und Vermittlern differenziert. Eine Begründung für diese Differenzierung ist nicht zu finden. Nach anerkannter Auffassung gilt jeder, unabhängig vom internen Rechtsverhältnis, als Agent im Sinne von Art. 34 VVG, der mit Billigung des Versicherers als Vermittler für Versicherungsverträge an einen Versicherungskandidaten herantritt. (36)

Der Adressatenkreis des Bundesratsbeschlusses über den Anwerbebetrieb der Lebensversicherungsgesellschaften (Agenten

(34) Art. 9 Abs. 1 VAG

(35) Art. 4 BRB über den Anwerbebetrieb.

(36) vgl. vorn Kap. II, Abschn. 1 und 3.

oder Vermittler) deckt sich jedenfalls mit demjenigen des Art. 34 VVG, so dass der Vermittlungsagent unabhängig von seiner rechtlichen Stellung gegenüber dem Versicherer als Adressat dieses Beschlusses gilt.

1.3.2 Verbotene Tätigkeiten

a) Vorlage von Nettokostenrechnungen

In den Lebensversicherungsverträgen schweizerischer Gesellschaften wird dem Versicherungsnehmer meist ein Anspruch auf Partizipation am Geschäftsgewinn des Versicherers versprochen. Dadurch wird die Versicherungsleistung ohne zusätzliche Prämie verbessert. (37) In der Werbung haben sich die Aussendienstmitarbeiter diesen Gewinnanteil insofern nutzbar gemacht, indem sie dem Versicherungsnehmer eine Nettokostenrechnung für den Lebensversicherungsvertrag vorlegten, bei der die während der Vertragsdauer zu leistenden Gesamtprämien um die mutmasslichen Gewinnanteile reduziert wurden, damit die zu leistenden Prämien des Versicherungskandidaten möglichst niedrig erschienen. (38) Da aber die Gewinnanteile von den tatsächlichen zukünftigen Betriebsergebnissen des Versicherers abhängen, führte dies gezwungenermassen dazu, dass die Berechnungen der Vermittlungsagenten nicht den Tatsachen entsprechen konnten, und der Versicherungsnehmer folglich u.U. mehr an Nettoprämien zu leisten hatte, als ihm bei Vertragsabschluss vorgerechnet wurde.

Diese Werbep Praxis veranlasste den Gesetzgeber bereits im Jahre 1915, ein Verbot der Verwendung von ziffernmässigen Nettokostenrechnungen im Anwerbebetrieb der Lebensversiche-

(37) Art. 94 VVG.

(38) König Willy, Privatversicherungsrecht, 395.

rungsgesellschaften in der Schweiz zu erlassen, (39) das durch den Bundesratsbeschluss über den Anwerbebetrieb der Lebensversicherungsgesellschaften in der Schweiz vom 11. September 1931 ersetzt wurde. (40)

Gestützt auf Art. 1 des Bundesratsbeschlusses ist es den Vermittlungsagenten von Lebensversicherungsgesellschaften untersagt, im Anwerbebetrieb Nettokostenrechnungen oder ähnliche Aufstellungen zu verwenden, die unsichere zukünftige Gewinnanteile beziffern oder gar auf künftige Prämienleistungen des Versicherungskandidaten verrechnen.

b) Verbot der Gewährung von Vergünstigungen

Der Bundesratsbeschluss verbietet den Vermittlungsagenten ferner, dem Versicherungsnehmer oder dem Versicherten in irgend einer Form Vergünstigungen auf Lebensversicherungsverträgen anzubieten oder zu gewähren. (41) Es ist ihm insbesondere untersagt, eine niedrigere als die von der Aufsichtsbehörde genehmigte Prämie zu offerieren (42) oder dem Versicherungsnehmer die Abschluss- oder die Inkassoprovision ganz oder teilweise zu überlassen. (43)

Ausserdem ist es dem Vermittlungsagenten untersagt, "Körperschaften für die Vermittlung von Lebensversicherungen mit ihren Mitgliedern oder für eine Wettbetätigung bei denselben eine Vergütung zu gewähren oder anzubieten". (44) Unter Körperschaften sind insbesondere Vereine und Genossenschaften zu verstehen.

(39) Bundesbeschluss vom 15. März 1915.

(40) Art. 5 BRB über den Anwerbebetrieb.

(41) Art. 2 Abs. 1 BRB über den Anwerbebetrieb.

(42) Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 BRB über den Anwerbebetrieb. Der Tatbestand der Gewährung einer niedrigen Prämie kann vom Vermittlungsagenten nicht realisiert werden, da nicht er sondern der Versicherer darüber zu entscheiden hat.

(43) Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 BRB über den Anwerbebetrieb.

(44) Art. 4 BRB über den Anwerbebetrieb.

1.3.3 Strafvoraussetzungen und Strafmass

Aus der Formulierung des Gesetzes ergibt sich, dass bei der Gewährung von Vergünstigungen (45) bereits der Versuch strafbar ist. (46)

Gestützt auf Art. 333 Abs. 3 StGB in Verbindung mit dem Bundesratsbeschluss über den Anwerbebetrieb wird bereits die fahrlässige Begehung des Deliktes bestraft. In der Praxis wird aber das Delikt meist absichtlich realisiert werden.

Das Strafmass ergibt sich aus Art. 10 des VAG. Dort ist eine Ordnungsbusse bis eintausend Franken vorgesehen. Die Busse wird vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement ausgefällt, (47) das Uebertretungen von Amtes wegen zu ahnden hat.

2. Bundesgesetz über die Handelsreisenden

Dem Bundesgesetz über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930 unterstehen die Versicherungsvermittlungsagenten nicht, weil sie nicht eine Ware (48) sondern eine Dienstleistung vertreten. (49) Sie benötigen deshalb die in Art. 1 Abs. 1 HRG vorgesehene Ausweiskarte nicht.

3. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs

Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs ist mit Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und

(45) Art. 2 und 3 BRB über den Anwerbebetrieb.

(46) Bereits das Angebot der Vergünstigung wird mit Strafe bedroht.

(47) Art. 4 BRB über den Anwerbebetrieb.

(48) Art. 1 und 2 HRG.

(49) Gl. M. Schläpfer, 25; Meyer Beat, 139.

Vermittlungsagent von zweifacher Bedeutung. Einerseits regelt es das Konkursprivileg des Vermittlungsagenten, das von der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zum Versicherer abhängig ist, andererseits bestimmt das SchKG auch die Pfändbarkeit der Provisions- und Auslagenersatzansprüche sowie der Arbeitsmittel des Vermittlungsagenten.

3.1 Das Konkursprivileg des Vermittlungsagenten

Das Konkursrecht soll nach anerkannter, unbestrittener Auffassung auf die Befriedigungsbedürftigkeit der verschiedenen Gläubigerkategorien Rücksicht nehmen und nicht alle Gläubigerforderungen schematisch gleich behandeln. (50) Im SchKG wird dieser Befriedigungsbedürftigkeit dadurch Rechnung getragen, dass die Forderungen gegen den Konkursiten in fünf Klassen eingeteilt werden, (51) wobei bei der Verteilung des Aktivenüberschusses jeweils die Gläubiger der nachfolgenden Klasse erst dann Anspruch auf Befriedigung haben, wenn die Gläubiger der vorhergehenden Klasse vollumfänglich befriedigt worden sind. (52) Die Gläubiger der selben Klasse haben untereinander Anspruch auf gleichmässige Befriedigung ihrer entsprechend klassierten Forderungen. (53)

Nicht in die Rangordnung des Art. 219 Abs. 3 SchKG einge-
reicht werden die pfandversicherten Forderungen, soweit das
Ergebnis der Pfändung zu ihrer Befriedigung ausreicht. Die
pfandversicherten Forderungen werden aus dem Verwertungser-
lös der zur Verfügung stehenden Sicherheit vorweg be-
zahlt. (54)

(50) Fritzsche Bd. II, 81.

(51) Art. 219 SchKG.

(52) Art. 220 Abs. 2 SchKG.

(53) Art. 220 Abs. 1 SchKG.

(54) Art. 219 Abs. 1 SchKG.

Bei der Einreihung der Gläubigerforderungen in die fünf Klassen, also bei der allfälligen Privilegierung der Forderungen, hat sich der Gesetzgeber von "dringenden rechtlichen Interessen" und von sozialen und wirtschaftlichen Erwägungen leiten zu lassen. (55) Da zwischen den einzelnen möglichen Rechtsverhältnissen zwischen Versicherer und Vermittlungsagent sowohl soziale als auch wirtschaftliche Unterschiede bestehen, erscheint es logisch, dass die Forderungen des Vermittlungsagenten im Konkurs des Versicherers je nach dem Rechtsverhältnis im konkreten Fall, unterschiedlich privilegiert werden.

3.1.1 Das Privileg des Arbeitnehmers (56)

Die Forderungen der Arbeitnehmer und damit auch diejenigen des Handelsreisenden sind in der ersten Klasse privilegiert, soweit sie in den letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung entstanden sind. (57) Zu den privilegierten Forderungen des Arbeitnehmers gehören neben den Lohn- und Provisionsansprüchen auch der Anspruch auf Spesenersatz (58) und auf Rückerstattung eines allfälligen Lohnrückbehaltes. Das Konkursprivileg des Vermittlungsagenten gilt auch für dessen Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge der Konkursöffnung. Dazu gehört selbstverständlich auch eine ihm allenfalls zustehende Abgangsschädigung. (59)

Setzen dagegen die Gläubiger des Versicherers das Arbeitsverhältnis mit dem Vermittlungsagenten fort, so gelten seine

(55) Botschaft SchKG, 73.

(56) Art. 219 Abs. 3 SchKG.

(57) Ueber die Entstehung der Forderungen des Arbeitnehmers vgl. vorn Kap. IV, Abschn. 5.5.1.2, 5.9 und 7.2.

(58) Gl. M. Meyer Beat, 115; Schumacher, 29; a.M. Schläpfer, 74.

(59) Art. 339b ff OR. Vgl. vorn Kap. IV, Abschn. 5.9.

Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis als Masseschulden, soweit sie nach der Konkurseröffnung entstehen. Diese sind gestützt auf Art. 262 Abs. 1 SchKG vorab zu decken.

3.1.2 Das Privileg des Agenten nach Art. 418a ff OR

Der Vermittlungsagent nach Art. 418a ff OR ist bezüglich der Konkursprivilegierung erheblich schlechter gestellt als der Arbeitnehmer. Er geniesst lediglich ein Privileg dritter Klasse. (60) Dafür gilt das Privileg für sämtliche Forderungen, die in den letzten zwölf Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden sind.

Neben den Provisionsforderungen sind auch allfällige Auslagenersatzforderungen, (61) die Schadenersatzforderungen wegen der vorzeitigen Auflösung des Agenturvertrages infolge Konkurs des Versicherers (62) sowie ein allfälliger Anspruch auf Kundschaftsentschädigung (63) privilegiert. Die Schadenersatzforderung und die Forderung auf Kundschaftsentschädigung entstehen, gestützt auf Art. 418t Abs. 2 OR mit der Konkurseröffnung, weil das Agenturverhältnis durch den Konkurs des Versicherers untergeht. (64) Das Konkursprivileg dritter Klasse gilt auch für den nebenamtlichen Vermittlungsagenten.

3.1.3 Keine Privilegierung des beauftragten Vermittlungsagenten

Die Forderungen des Vermittlungsagenten, dessen Rechtsverhältnis mit dem Versicherer als Auftrag zu qualifizieren

(60) Art. 219 Abs. 3 SchKG.

(61) Gl. M. Schläpfer, 101.

(62) Gl. M. Hangartner, Diplomarbeit, 50.

(63) Gl. M. Hangartner, Voraussetzungen, 5.

(64) Art. 418s Abs. 2 OR.

ist, fallen in die fünfte Klasse. (65) Er genießt also keinerlei Privilegien im Konkurs über den Versicherer.

3.2 Betreibungshandlungen gegen den Vermittlungsagenten

3.2.1 Pfändbarkeit der Provisions- und Lohn Guthaben sowie des Anspruches auf Auslagenersatz

Die Pfändung ist als obrigkeitlicher Vollstreckungsakt des betreibenden Gläubigers in das Vermögen des Schuldners zu charakterisieren, wobei das schweizerische Betreibungsrecht die Vollstreckung nach dem Versilberungsprinzip befolgt; d.h. es dürfen die beschlagnahmten Gegenstände nicht dem Gläubiger übergeben werden, sondern sie sind zu veräussern, und die Gläubigerforderungen dürfen nur aus dem Verwertungserlös beglichen werden. (66)

Die Pfändung setzt einerseits voraus, dass ein allfälliger Rechtsvorschlag des Schuldners beseitigt (67) und das Pfändungsbegehren gestellt wurde. (68) Innert dreier Tage seit Empfang des Pfändungsbegehrens hat das zuständige Betreibungsamt die Pfändung zu vollziehen. (69) Der Vollzug besteht darin, dass der Betreibungsbeamte anlässlich einer Aufnahme des Vermögens des Vermittlungsagenten (70) diejenigen Gegenstände pfändet, die nach seiner Schätzung zur Deckung der Forderungen der pfändenden Gläubiger samt Zinsen und Kosten erforderlich sind. (71)

(65) Art. 219 Abs. 3 SchKG.

(66) Favre, 150f.

(67) Art. 79ff SchKG.

(68) Art. 88 SchKG.

(69) Art. 89 SchKG.

(70) Art. 91 SchKG.

(71) Art. 97 Abs. 2 SchKG.

Im Rahmen des Pfändungsverfahrens können auch Forderungen gepfändet werden, die dem Vermittlungsagenten gegen Dritte zustehen. (72) Der Vermittlungsagent ist im Rahmen der Vermögensaufnahme verpflichtet, diese Forderungen zu deklarieren. (73)

Die Pfändung von Forderungen setzt jedoch voraus, dass diese Forderungen schon entstanden sind. Von diesem Grundsatz wird mit Bezug auf die Pfändung von Lohnforderungen in der Praxis eine Ausnahme gemacht. Bei der Lohnpfändung können auch zukünftig entstehende Ansprüche gepfändet werden, allerdings nur in einem eng begrenzten Zeitraum von einem Jahr. (74) Diese Jahresfrist ist von Amtes wegen streng einzuhalten; Ausnahmen und Umgehungen sind unzulässig. (75)

Spätestens nach Ablauf eines Jahres seit der Pfändung hat der Gläubiger das Verwertungsbegehren zu stellen. (76) Reichen die beim Betreibungsamt abgelieferten Lohnbeträge zur Deckung der Betreibungsforderungen samt Zinsen und Kosten nicht aus, so ist dem Gläubiger für den ungedeckt gebliebenen Betrag ein Verlustschein auszustellen, der einerseits als Schuldanerkennung gilt und die Forderung gegen den Schuldner selbst unverjährbar macht, andererseits aber auch den Zinsenlauf für die Verlustscheinforderung beendet. (77)

(72) Art. 99 SchKG.

(73) Art. 91 Abs. 1 SchKG in fine.

(74) Fritzsche, Bd. I, 208f. Diese Jahresfrist ergibt sich aus Art. 116 Abs. 1 SchKG. Nach dieser Bestimmung muss der pfändende Gläubiger spätestens innert einem Jahr seit der Pfändung das Verwertungsbegehren stellen.

(75) BGE 55 III 101; 71 III 112.

(76) Art. 116 Abs. 1 SchKG.

(77) Art. 149 SchKG.

Gestützt auf den Verlustschein kann der Gläubiger aber innert sechs Monaten seit Zustellung des Verlustscheines ohne neuen Zahlungsbefehl erneut die Pfändung verlangen. (78) Dies bewirkt, gerade bei der Lohnpfändung, dass eine solche trotz der bundesgerichtlichen Befristung der Pfändungsdauer, praktisch während Jahren möglich ist. (79)

Die Lohnpfändung ist nicht bloss für den Lohn des Arbeitnehmers möglich. Die neuere Praxis des Bundesgerichtes hat die Pfändung des zukünftigen Erwerbseinkommens auch für Selbständigerwerbstätige anerkannt. (80)

Damit steht fest, dass sowohl der Lohn des Vermittlungsagenten, der als Arbeitnehmer oder als Handelsreisender für den Versicherer tätig ist, als auch die Ansprüche des Vermittlungsagenten nach Art. 418a ff OR oder des beauftragten Vermittlungsagenten grundsätzlich der Lohnpfändung unterliegen. Selbstverständlich hat das Betreibungsamt bei der Festsetzung des unpfändbaren Existenzminimums (81) des Vermittlungsagenten, dessen Gewinnungskosten bzw. dessen Geschäftsaufwand zu ermitteln und vollumfänglich zum Existenzminimum zu schlagen. (82) Erzielt der Vermittlungsagent in einer Periode das festgesetzte Existenzminimum nicht, so hat das Betreibungsamt ihm die Differenz zum Existenzminimum aus den bisher beim Amt angelieferten Beträgen auszusahlen. (83)

(78) Art. 149 Abs. 2 SchKG.

(79) Fritzsche Bd. I, 325f; Favre, 167; BGE 36 I 137.

(80) BGE 84 III 155 (Einkünfte aus dem Betrieb eines Schönheits-salons); 85 III 38 (Einkünfte aus dem Betrieb einer Autofahrschule); 86 III 15 (Einkünfte eines Naturheilarztes); 86 III 53 (Einkünfte aus dem Betrieb eines zahntechnischen Labors).

(81) Art. 93 SchKG.

(82) Gl. M. Fritzsche, Bd. I, 214.

(83) BGE 69 III 53.

Diese Regelung gilt für den Vermittlungsagenten nach Art. 418a ff OR allerdings nur dann, wenn er nicht im Handelsregister eingetragen ist. (84) Ist er in diesem Register eingetragen, so unterliegt er der Konkursbetreibung. (85) Ueber die Fortführung der Versicherungsagentur des Vermittlungsagenten entscheidet die Gläubigerversammlung. (86) Wird die Agentur fortgesetzt, so unterliegt die Tätigkeit des Vermittlungsagenten der Aufsicht der Konkursverwaltung oder des allfälligen Gläubigerausschusses. (87)

Der Versicherer wird aber in der Regel die Konkursöffnung über den Vermittlungsagenten als wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Agenturverhältnisses anrufen und das Vertragsverhältnis beenden. (88)

Die gepfändeten Lohnbeträge sind vom Versicherer als Schuldner der Leistung dem pfändenden Betreibungsamt abzuliefern. Hält er sich nicht an diese Ablieferungspflicht, so riskiert er, dass er seine Leistung zweimal erbringen muss, da eine rechtsgültige Erfüllung nach der Anzeige der Lohnpfändung nur noch an das Betreibungsamt erfolgen kann. (89)

Bei der Lohnpfändung hat der Betreibungsbeamte alle Leistungen des Arbeits- bzw. Auftraggebers, also auch den Auslagenersatz zu ermitteln und den, das festgelegte Existenzminimum übersteigenden Betrag zu pfänden. Diese Vorschrift des Bun-

(84) vgl. unten Abschn. 5.

(85) Art. 39 SchKG.

(86) Art. 238 Abs. 1 SchKG.

(87) Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG.

(88) Gl. M. Gautschi, Art. 418s, N. 2b.

(89) Art. 99 SchKG in fine.

desgerichtes (90) soll verhindern, dass der Versicherer mit dem Vermittlungsagenten zur Umgehung der Lohnpfändung eine Abrede treffen kann, dass ein tieferer Lohn bzw. eine tiefere Provision und dafür ein überhöhter Auslagenersatz zur Auszahlung gelangt, und die Gläubiger dadurch das Nachsehen haben.

3.2.2 Pfändbarkeit der Arbeitsmittel des Vermittlungsagenten

Mit der Pfändung sollen dem Schuldner die entbehrlichen Vermögensstücke und das entbehrliche Einkommen, nicht jedoch seine Arbeitsfähigkeit, zugunsten seiner Gläubiger entzogen werden. Aus diesem Grunde sind die Werkzeuge, die Gerätschaften, die Instrumente und Bücher des Schuldners unpfändbar, soweit sie zur Ausübung seines Berufes notwendig sind. (91) Zu den notwendigen Gerätschaften des Vermittlungsagenten gehören z.B. seine Schreibmaschine und die Rechenmaschine. (92) Das Auto des Vermittlungsagenten ist dann unpfändbar, wenn der dazu notwendige Aufwand kleiner ist, als der zusätzlich dank dem Einsatz des Autos erzielbare Ertrag. (93) Beim Vermittlungsagenten, der ausschliesslich an seinem Wohnort tätig ist, dürfte dies kaum der Fall sein, während der Vermittlungsagent, der mehrere Landgemeinden zu betreuen hat, zur Erzielung seines Einkommens in der Regel auf die Verwendung eines Autos angewiesen ist.

(90) BGE 84 III 37; 85 III 132, A.M. Wehrli, 48, der die Pfändbarkeit des Auslagenersatzes bestreitet.

(91) Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

(92) BGE 84 III 97.

(93) Statt vieler BGE 89 III 35f.

3.2.3 Pfändbarkeit der vom Vermittlungsagent eingenommenen

Prämien

Falls der Vermittlungsagent Prämien einkassiert, stellt sich die wichtige Frage, ob die vereinnahmten Prämiengelder in der betriebsrechtlichen Vollstreckung gegen den Vermittlungsagenten ebenfalls gepfändet werden können oder im Konkurs über den Vermittlungsagenten zu dessen Aktiven gerechnet und admassiert werden können.

Die Beantwortung dieser Frage hängt allein davon ab, ob der Vermittlungsagent Eigentümer der einkassierten Prämiengelder geworden ist. Ist dies der Fall, so sind sie in die Zwangsvollstreckung über den Vermittlungsagenten einzubeziehen.

Zur Uebertragung des Eigentums muss der Besitz an einer Sache auf den Erwerber übergehen. (94) Für die Uebergabe des Besitzes ist erforderlich, dass sich der Empfänger der Sache mit dem Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, über die Sache Gewalt auszuüben. (95) Der Besitz kann aber auch durch Uebergabe der Sache an einen Stellvertreter des Erwerbers vollzogen werden. (96)

Zieht der Vermittlungsagent Prämien gestützt auf eine Inkassovollmacht des Versicherers ein, so gilt er in dieser Beziehung als dessen Stellvertreter. (97) Damit steht fest, dass der Agent gestützt auf Art. 923 ZGB den Besitz an den einkassierten Prämiengeldern nicht für sich selbst sondern für den Versicherer erwirbt.

(94) Art. 714 Abs. 1 ZGB.

(95) Art. 922 Abs. 2 ZGB.

(96) Art. 923 ZGB.

(97) Statt vieler: Roelli/Keller 333f und 514f.

Nun ist aber zu beachten, dass derjenige Eigentümerstellung erhält, der fremdes Geld mit seinem eigenen vermischt. (98) Eine Besitzesschutzklage des Versicherers gegen den Vermittlungsagenten wäre im Falle der Vermischung ausgeschlossen. (99)

Aus diesem Grunde wird der Versicherer dem Vermittlungsagenten vorschreiben, dass er die einkassierten Prämienfelder in einer separaten Kasse aufzubewahren und darüber genau Buch zu führen hat. Bei diesen separat aufbewahrten Geldern handelt es sich demnach um anvertrautes Gut, das Eigentum des Versicherers ist. (100) Es kann damit bei Pfändungshandlungen gegen den Vermittlungsagenten nicht in die Pfändung einbezogen und im Konkursfalle nicht zur Masse des Vermittlungsagenten gezogen werden.

Dort wo der Vermittlungsagent dagegen ohne Inkassovollmacht des Versicherers Prämienfelder kassiert, handelt es sich um anvertrautes Gut des Versicherungsnehmers, der Eigentümer des Geldes bleibt, falls der Vermittlungsagent das Geld separat aufbewahrt. Auch in diesem Falle ist eine Pfändung oder eine Admassierung abzulehnen.

Vermischt der Vermittlungsagent dagegen die einkassierten Prämien mit seinem eigenen Geld, indem er sie sich z.B. auf sein persönliches Bankkonto einzahlen lässt, so wird er uneingeschränkter Eigentümer dieser Beträge, weshalb einer Pfändung oder Admassierung nichts im Wege steht. (101) Das

(98) Art. 978 OR.

(99) Art. 935 ZGB.

(100) Gl. M. Meyer H.R., 43.

(101) Praxis 65, Nr. 251 (=BGE 102 II 103 ff).

Risiko dieser Vermischung trägt der Versicherer nur für den Fall, dass der Vermittlungsagent das Prämieninkasso gestützt auf eine Inkassovollmacht vollzogen hat. (102) Erfolgt das Inkasso ohne Vollmacht des Versicherers, so trägt der Versicherungsnehmer das Pfändungsrisiko, weil er nicht vertragskonform erfüllt hat. Er läuft also Gefahr, dass er die Prämie ein zweites Mal bezahlen muss.

4. Vermittlungsagentur und Steuerrecht

Steuerrechtlich kann das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Vermittlungsagenten sowohl für den Vermittlungsagenten als auch für den Versicherer Konsequenzen haben, die nachfolgend darzustellen sind.

4.1 Besteuerung des Vermittlungsagenten

Bei der Besteuerung des Vermittlungsagenten kommt einerseits die Besteuerung als Unselbständigerwerbender (Arbeitnehmer) oder als Selbständigerwerbender (Agent nach Art. 418a ff OR) in Frage.

4.1.1 Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit

Der Vermittlungsagent, dessen Rechtsverhältnis zum Versicherer als Arbeits- oder Handelsreisendenvertrag zu qualifizieren ist, gilt steuerrechtlich als Unselbständigerwerbender, wobei unerheblich ist, ob die Erwerbstätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausgeübt wird. (103) Zum steuerbaren Erwerbseinkommen gehören alle Leistungen des Versicherers, die als Entschädigung für die geleistete Arbeit bezahlt werden

(102) Roelli/Keller, 333f.

(103) Höhn, 148, N. 4.

(Lohn, Provision, Superprovision, 13. Monatsgehalt, Gratifikation) sowie alle übrigen geldwerten Vorteile, (104) die der Versicherer seinem Agenten gewährt. Zudem gehören auch die vom Versicherer ersetzten Auslagen zum Erwerbseinkommen, soweit diese in den Bereich der Lebenshaltungskosten gehören (z.B. Verpflegungskosten, Hotelkosten, Autospeisen), (105) wobei der Vermittlungsagent seine effektiven Auslagen als Gewinnungskosten wieder vom steuerbaren Einkommen absetzen kann. (106)

Die Steuerpflicht besteht für den unselbständigerwerbstätigen Vermittlungsagenten an seinem Wohnsitz. (107)

4.1.2 Bei selbständiger Erwerbstätigkeit

Als Selbständigerwerbender gilt steuerrechtlich, wer eine frei gewählte Organisation hat, mit der er nach aussen haupt- oder nebenberuflich in Erscheinung tritt, sofern er die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt. (108) Unter diese steuerrechtliche Qualifikation fällt einzig der Vermittlungsagent nach Art. 418a ff OR.

Als Einkommen aus der selbständigen Erwerbstätigkeit ist die Differenz zwischen dem Bruttoeinkommen und den für die Erzielung dieses Bruttoeinkommens notwendigen Auslagen und Aufwendungen (Abschreibungen, Rückstellungen), also der kaufmännische Reingewinn steuerbar.

-
- (104) Wie z.B. ermässigte Prämien auf den vom Vermittlungsagenten für sich selbst abgeschlossenen Versicherungsverträgen mit dem Versicherer.
- (105) Höhn, 151, N. 20.
- (106) Für bestimmte Auslagenkategorien (z.B. auswärtige Verpflegung) ist üblicherweise eine jährliche Maximalpauschale abziehbar.
- (107) Höhn, 368f, N. 4ff; Meyer Beat, 151.
- (108) Höhn, 164, N. 1f. Keine Voraussetzung ist der Handelsregistereintrag.

Das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ist am Geschäftsort (109) zu versteuern. Wohnt der Vermittlungsagent nicht am selben Ort, wo er sein Büro betreibt, so unterliegt das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Besteuerung am Spezialsteuerdomizil des Geschäftsortes, (110) das übrige Einkommen (Zinsen, Dividenden, etc.) ist dagegen am Wohnsitz des Vermittlungsagenten steuerbar, wobei zur Bestimmung des Progressionssatzes alle steuerbaren Einkommen des Vermittlungsagenten - trotz verschiedener Steuerhoheit - zusammengerechnet werden.

4.2 Besteuerung des Versicherers

Mit Bezug auf die steuerrechtlichen Auswirkungen des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent stellt sich die Frage, ob die Einsetzung eines Vermittlungsagenten im interkantonalen oder internationalen Steuerrecht ein sekundäres Steuerdomizil des Versicherers begründe.

Ein Nebensteuerdomizil besteht, wenn sich die Geschäftsstelle als Betriebsstätte des Versicherers qualifiziert. Die Betriebsstätte wird vom Bundesgericht definiert, als ständige körperliche Anlage oder Einrichtung, in der sich ein quantitativ und qualitativ wesentlicher Teil des Geschäftsbetriebes vollzieht. (111)

Für den Vermittlungsagenten nach Art. 418a ff OR stellt sich dieses Problem nach der Praxis des Bundesgerichtes nicht, (112) da der Vermittlungsagent als selbständiger Gewerbetreibender gilt, sofern er hinsichtlich der Verwendung der Arbeitszeit

(109) Beim Vermittlungsagenten ist der Geschäftsort dort, wo er sein Büro betreibt.

(110) Höhn, 370, N. 13ff.

(111) BGE 45 I 213. Gl. M. Wehrli, 47, Höhn, 370, N. 13.

(112) Gl. M. Höhn, 371, N. 19; Wehrli, 47.

und hinsichtlich der Arbeitsorganisation völlig frei ist. (113) Dabei kommt es aber nicht darauf an, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Vermittlungsagenten bezeichnet wird. Entscheidend ist allein das Mass der wirtschaftlichen und persönlichen Selbständigkeit des Vermittlungsagenten. (114)

Qualifiziert sich dagegen das Rechtsverhältnis mit dem Versicherer als Arbeitsverhältnis, (115) so hängt die Beantwortung der Frage nach dem Nebensteuerdomizil des Versicherers davon ab, ob der Vermittlungsagent im Namen und auf Rechnung des Versicherers ein Büro betreibt und, ob in diesem Büro alle wesentlichen Tätigkeiten der Versicherungsunternehmung ganz oder teilweise ausgeführt werden.

Da die wesentlichste Tätigkeit des Versicherers im Abschluss von Versicherungsverträgen und in der Regulierung von eingetretenen Schadenfällen besteht, wird nicht einmal eine selbständige Generalagentur, die nicht von einem Abschlussagenten geführt wird, ein Nebensteuerdomizil des Versicherers begründen können, da diese Generalagentur keine der wesentlichsten Tätigkeiten des Versicherers ausübt. (116)

5. Vermittlungsagent und Handelsregistereintragungspflicht

Art. 934 Abs. 1 OR verpflichtet denjenigen, der ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, sich am Orte seines Haupt-

(113) BGE 45 I 214; 50 I 198; 53 I 366.

(114) BGE 54 I 419.

(115) Arbeitsvertrag oder Handelsreisendenvertrag.

(116) Gl. M. Höhn, 371, N. 19; Dubois, 13f; Meyer H.R., 71f.

geschäftes ins Handelsregister eintragen lassen. Mit der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister ist die Buchführungspflicht (117) und die Unterstellung des eingetragenen Inhabers oder Mitinhabers der Firma unter die Konkurs- (118) und Wechselbetreibung (119) verbunden.

Für den Vermittlungsagenten, der als Arbeitnehmer bzw. als Handelsreisender tätig ist, stellt sich die Frage der Handelsregistereintragungspflicht nicht, da er keine eigene Firma betreibt. (120)

Der Vermittlungsagent nach Art. 418a ff OR ist dagegen grundsätzlich eintragungspflichtig (121) und zwar unabhängig von der Höhe seiner Roheinnahmen. (122)

Das Bundesgericht hat die Frage der Eintragungspflicht der Versicherungsagenten in einem frühen Entscheid mit Rücksicht auf tatsächliche Gründe zu Unrecht verneint. (123) Im Widerspruch zu Art. 54 der Handelsregisterverordnung hat das Gericht bei der Beurteilung der Eintragungspflicht auf die Grösse des Betriebes des Versicherungsagenten sowie auf die Tatsache abgestellt, dass der Agent bloss Vermittlungsagent sei. (124)

(117) Art. 957 ff OR.

(118) Art. 39 SchKG.

(119) Art. 177 Abs. in Verb. mit Art. 39 SchKG.

(120) Gl. M. Vetsch, 284.

(121) Art. 53 lit. A Ziff. 3 Handelsregisterverordnung. Der Agent wird dort neben dem Kommissionär und dem Makler ausdrücklich genannt.

(122) Art. 54 Handelsregisterverordnung. Die Befreiung von der Eintragungspflicht für Firmen mit weniger als Fr. 100'000.-- jährlicher Roheinnahmen gilt nur für die Handelsbetriebe, die Transportunternehmungen, die Verlagsgeschäfte, die Fabrikationsgewerbe und die anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe, die weder Handels- noch Fabrikationsgewerbe sind.

(123) BGE 66 I 82ff.

(124) BGE 66 I 86.

Erst fünfundzwanzig Jahre nach diesem Entscheid hat das Bundesgericht seine Praxis geändert und den Versicherungsagenten der zum Versicherer in einem Agenturvertragsverhältnis gemäss Art. 418a ff OR steht, als grundsätzlich eintragungspflichtig erklärt. (125) In diesem Entscheid hat sich das Bundesgericht vom früheren Abstellen auf Fakten des bestimmten Vertragsverhältnisses richtigerweise gelöst und festgestellt, dass "das Wesen der selbständigen Tätigkeit weder von der Grösse der vom Agenten benutzten Geschäftsräume noch von der Zahl seiner Angestellten" abhängt. (126)

Somit ist heute die Handelsregistereintragungspflicht des Versicherungsvermittlungsagenten nach Art. 418a ff OR immer gegeben, wenn er ein eigenes geschäftliches Risiko trägt, eigenverantwortlich handelt und frei über den Einsatz seiner Arbeitszeit entscheiden kann. (127)

(125) BGE 91 I 139 (=Praxis 54, Nr. 94).

(126) Praxis 54, Nr. 94, 288 E. 2 am Ende.

(127) Gl. M. Burnand, 36; Wehrli, 44; Padel, 26; Sigg, 55; His, Art. 934, N. 17; BGE 66 I 82ff; 91 I 139 ff.

VII. Erfordernis einer einheitlichen Regelung des Rechtsverhältnisses im Versicherungsaussendienst?

Nach der Betrachtung der möglichen Rechtsverhältnisse sowie der sich ergebenden Drittwirkungen stellt sich die Frage, ob ein Erfordernis für eine einheitliche Regelung des Rechtsverhältnisses des Vermittlungsagenten mit dem Versicherer bestehe. Massgebend sind dabei die Interessen des Vermittlungsagenten, des Versicherers und des Publikums.

1. Aus der Sicht des Vermittlungsagenten

Der hauptberuflich tätige Vermittlungsagent kann vom Versicherer nur als Handelsreisender oder als Agent im Sinne von Art. 418a ff OR beschäftigt werden. Für beide Vertragsverhältnisse hat der Gesetzgeber umfassende, meist zwingende Schutzbestimmungen zugunsten des Vermittlungsagenten erlassen. Dabei ist allerdings der Handelsreisende besser geschützt. Er hat Anspruch auf ein festes Gehalt, auf Ersatz der Auslagen, auf Ferien, auf längere Lohnzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung. Zudem geniesst er einen gut ausgebauten Kündigungsschutz. Dafür geniesst der Agent nach Art. 418a ff OR grössere Freiheit in der Organisation und der Durchführung seiner Tätigkeit für den Versicherer.

Aus diesen Gründen ist es aus der Sicht des hauptberuflichen Vermittlungsagenten sogar wünschbar, dass zwei ausgebaute, wirtschaftlich unterschiedliche Vertragstypen zur Verfügung stehen. Der zaghafte, auf Sicherheit bedachte Vermittlungsagent wird sich den strengeren Weisungen des Arbeitgebers gerne unterziehen, während der nach Selbständigkeit trach-

tende Vermittlungsagent bereit ist, das mit dem Agenturvertrag verbundene Risiko der selbständigen Erwerbstätigkeit auf sich zu nehmen.

Die gleichen Ueberlegungen gelten auch für den nebenamtlich tätigen Vermittlungsagenten, der im Rahmen des Agenturvertragsrechtes auch dann ausreichend geschützt ist, wenn die Anwendung der gesetzlichen Regelung wegbedungen wird. (1)

Zum Schutze des nebenberuflich tätigen Vermittlungsagenten sollte aber die Möglichkeit seiner Beschäftigung als Auftragnehmer wegbedungen werden. Dies könnte dadurch geschehen, dass Art. 418a Abs. 2 OR so formuliert würde, dass die gesetzliche Regelung auf das nebenamtliche Agenturverhältnis Anwendung findet, wenn die Parteien nicht schriftlich abweichende Regeln aufstellen.

1.2 Aus der Sicht des Versicherers

Die Vielfalt der Vertragstypen, die im Versicherungsaussendienst angewendet werden können, entspricht den Interessen des Versicherers. Diejenigen Vermittlungsagenten, die er fest an sich binden will und denen er möglichst detaillierte Weisungen über die Arbeitsorganisation erteilen möchte, wird er im Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertragsverhältnis anstellen. Dort wo er auf die Selbständigkeit des Agenten baut, wird er den Agenturvertrag bevorzugen, weil dieser ihm keine Fixkosten verursacht.

(1) vgl. vorn Kap. IV, Abschn. 7.9.

Für den grossen Hauptharst der nebenberuflich tätigen Vermittlungsagenten will er möglichst keine fixen Lohnkosten tragen müssen, weil dies seinen Betrieb erheblich verteuern würde.

Der Versicherer ist deshalb auf eine möglichst grosse Vielfalt an möglichen Rechtsverhältnissen mit seinen Aussendienstmitarbeitern angewiesen. Damit kann er jedem Einzelfall auch aus Kostengründen gerecht werden. Eine Vereinheitlichung des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Vermittlungsagent läge auf jeden Fall nicht im Interesse des Versicherers.

1.3 Aus der Sicht des Publikums

Die Interessen des Publikums am Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Vermittlungsagent sind widersprüchlich. Einerseits ist das Publikum daran interessiert, dass der Versicherer sich im Schadenfalle nicht auf die fehlende Vollmacht des Vermittlungsagenten berufen und die Versicherungsleistung deswegen ablehnen kann. Andererseits hat das Publikum ein Interesse daran, dass der Versicherer die Kosten seiner Aussendienstorganisation möglichst tief halten kann, da diese Kosten ihren Niederschlag in den Versicherungsprämien finden müssen.

Das Problem der Vollmacht stellt sich unter dem geltenden Recht nicht, da der Versicherer durch die Stellvertreter-tätigkeit des Vermittlungsagenten gestützt auf Art. 34 VVG unabhängig vom konkreten Rechtsverhältnis verpflichtet wird. Auch bei der vorgeschlagenen Präzisierung und Differenzierung der Vollmacht (2) ist das Publikum ausreichend ge-

(2) vgl. vorn Kap. V, Abschn. 1.6.2

schützt, weil der Inhalt der Vollmacht dem Versicherungsnehmer bei jeder entscheidenden Handlung des Vermittlungsagenten in Erinnerung gerufen werden müsste.

Eine kostengünstige Aussendienstorganisation ist nur dann möglich, wenn der Versicherer jeden einzelnen Aussendienstmitarbeiter unter einem für den vorgesehenen Einsatz fixkostensparenden Vertragsverhältnis verpflichten kann.

Eine Vereinheitlichung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Versicherer und dem Vermittlungsagenten läge deshalb auch nicht im Interesse des Publikums.

Zusammenfassung

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem hauptberuflich tätigen Vermittlungsagenten kann entweder als Handelsreisenden- oder als Agenturvertrag ausgestaltet werden. Für nebenamtliche Agenten sind auch noch die Anwendung des allgemeinen Arbeitsvertragsrechtes (Teilzeitarbeit) oder des Auftragsrechtes denkbar, in der Praxis kommen diese beiden Vertragstypen aber kaum vor. Zu beachten ist aber, dass die Aussendiensttätigkeit des Innendienstmitarbeiters unter das allgemeine Arbeitsvertrags- und nicht unter das Handelsreisendenvertragsrecht zu subsumieren ist, sofern der betreffende Vermittlungsagent mehr als die Hälfte seiner Arbeitszeit im Innendienst des Versicherers aufwendet.

Arbeits-, Handelsreisenden- und Agenturvertragsverhältnis zeichnen sich durch verschiedene Gemeinsamkeiten aus, die eine klare Unterscheidung in der Praxis äusserst erschweren. Die wesentlichsten Unterschiede zwischen diesen drei möglichen Rechtsverhältnissen liegen insbesondere im besseren rechtlichen und sozialen Schutz des Arbeitnehmers und des Handelsreisenden. So wird z.B. die ausschliesslich nach dem Erfolg des Vermittlungsagenten ausgerichtete Entschädigung gesetzlich verboten und dem Handelsreisenden, der vereinbarungsgemäss nur durch die Provisionen entschädigt werden soll, sogar ein unabdingbarer Anspruch auf ein seiner Arbeit angemessenes festes Gehalt zuerkannt. Im Gegensatz dazu ist im Agenturvertragsrecht die ausschliessliche Erfolgsentschädigung als begriffswesentliches Qualitätsmerkmal hervorzuheben. Der Agent nach Art. 418a ff OR trägt daneben auch das Kostenrisiko für seine Aussendiensttätigkeit, dafür erwirbt er sich unter bestimmten Voraussetzungen einen unabdingbaren Anspruch auf eine Entschädigung für die dem Versicherer bei Vertragsende zu überlassende Kundschaft.

Weitere erhebliche Unterschiede zwischen Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag ergeben sich mit Bezug auf das öffentliche Recht z.B. beim Konkursprivileg, bei der Handelsregistereintragspflicht des Agenten nach Art. 418a ff OR und im Steuerrecht, das den Agenten nach Art. 418a ff OR als Selbständigerwerbenden erfasst.

Mit Bezug auf die rechtlichen Drittwirkungen ist besonders die, durch das zürcherische Obergericht vorgezeichnete, längst fällige Ausdehnung der Zurechnung des Wissens des Vermittlungsagenten zu nennen, die sich einerseits aus dem Werbeverhalten der Versicherungsgesellschaften und andererseits auch aus dem tatsächlich bestehenden internen Direktionsrecht des Versicherers gegenüber dem Vermittlungsagenten aufzwingt.

Zur Verbesserung des Schutzes der Versicherungsnehmer und der Anspruchsberechtigten ist die in Art. 34 VVG enthaltene, unabhängig vom internen Rechtsverhältnis geltende, gesetzliche Vollmacht analog der Ausgestaltung in Art. 43ff VVG so zu präzisieren, dass die Vollmachtsbegrenzung für das Publikum bereits im Moment der Vertragsverhandlungen bzw. bei der Antragsstellung oder bei der Erfüllung weiterer gesetzlicher oder vertraglicher Obliegenheiten erkennbar wird. Dies kann dadurch erreicht werden, dass der Versicherer gesetzlich verpflichtet wird, den Inhalt der neu zu formulierenden gesetzlichen Vollmacht des betreffenden Vermittlungsagenten in alle Unterlagen aufzunehmen, in denen der Versicherer Auskünfte oder Meldungen verlangt, deren korrekte Erfüllung als versicherungsvertragsrechtliche Obliegenheiten des Versicherungsnehmers Einfluss auf die Leistungspflicht des Versicherers im Schadenfalle haben.

Eine weniger weitgehende Verbesserung des Schutzes des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten könnte auch dadurch

erreicht werden, dass das in Art. 6 VVG enthaltene "Alles-oder-nichts-Prinzip" aufgegeben würde, und die Leistungsbefreiung des Versicherers von der Kausalität der unrichtig angezeigten Gefahrstatsache für den Eintritt des Schadenfalles und von der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers abhängig gemacht würde.

Literaturverzeichnis

- AUER Hans, Die Haftung für Hilfspersonen mit besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes, Diss., Bern 1933 (zit. Auer, S.)
- BECKER H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941 (zit. Becker, Art., N.)
- BEER M. Umsatzgarantie und Kautionsrückgabe, in SJZ 47 (1951), S. 216ff (zit. Beer, S.)
- BERGER Hans, Das Arbeitsrecht des Versicherungsaussendienstes, Betrachtungen zur Rechtsprechung, in SVZ, XXXI. Jg. (1963/64) S. 1ff (zit. Berger, Arbeitsrecht, S.)
- BERGER Hans, Das Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden und der Aussendienst der Versicherungsgesellschaften, in SVZ, XII. Jg. (1944/45), S. 225ff und 257ff (zit. Berger, HRAG, S.)
- BERGER Hans, Das Bundesgesetz über den Agenturvertrag und seine Anwendung im Versicherungsgeschäft, in SVZ XVIII. Jg. (1950/51), S. 33ff, 65ff und 97ff (zit. Berger, AGV, S.)
- BISCHOFBERGER Ernst, Die vorläufige Deckungszusage im Versicherungsrecht, Diss., Zürich, 1946 (zit. Bischofberger, S.)
- BLATTER Adolf, Der Handelsagent nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1922 (zit. Blatter, S.)
- BRUCK Ernst/MOELLER Hans, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Vermittlerrechtes, 8. Auflage, Berlin 1961 (zit. Bruck-Möller, Art., N.)
- von BUEREN Bruno, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 unter Einschluss der Ausverkaufsaufsatzordnung vom 16. April 1947, Zürich 1957 (zit. von Büren, UWG, Art., N.)
- von BUEREN Bruno, Das überflüssige Gesetz über den Agenturvertrag, in SJZ 45 (1949), S. 151f (zit. von Büren, SJZ/1949, S.)
- BURNAND J.-C., Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle selon l'art. 418u CO, Diss., Lausanne 1977 (zit. Burnand, S.)
- DEMISCH Karl-Dieter, Die Kundschaftsentschädigung des Agenten, Diss., Zürich 1968 (zit. Demisch, S.)
- DOBLER Karl, Vertreter und Hilfspersonen im Versicherungsverhältnis, Diss., Bern 1961 (zit. Dobler, S.)
- DUBOIS Georges, Die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten insbesondere nach dem schweizerischen V.V.G., Diss., Bern 1922 (zit. Dubois, S.)
- DUERR Karl, Makler- und Agenturvertrag, Kommentar, Bern 1959 (zit. Dürr, S.)
- DUPONT-CADOSCH Pierre, Les pouvoirs de représentations de l'agent d'assurances en droit suisse, Diss., Lausanne 1932 (zit. Dupont, S.)

- ECKERT E., Die betriebsinterne Ausbildung der Aussenbeamten, in SVZ XXII. Jg. (1954/55), S. 200ff (zit. Eckert, S.)
- FARNER Rudolf, Die rechtliche Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Agenten, Diss., Zürich 1946 (zit. Farner, S.)
- FAVRE Antoine, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, aus dem Französischen übersetzt von Dr. E. Steiner, Fribourg 1956 (zit. Favre, S.)
- FELDMERER Gerhard, Die Schadenabteilung im Dienste der Werbung, in SVZ, XXXI Jg. (1964/65), S. 237ff (zit. Feldmeier, S.)
- FLUECKIGER Urs, Der schweizerische Agenturvertrag im Lichte des englischen internationalen Privatrechts, in SJZ 46 (1950), S. 358ff (zit. Flückiger, S.)
- FRITZSCHE Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Erster Halbband, 2. Auflage, Zürich 1967 (zit. Fritzsche, Bd. I, S.)
- FRITZSCHE Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zweiter Halbband, 2. Auflage, Zürich 1968 (zit. Fritzsche, Bd. II, S.)
- GAUTSCHI Georg, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394 - 406 OR. Dritte Auflage, Bern 1971 (zit. Gautschi, Art., N.)
- GAUTSCHI Georg, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band IV, 2. Abteilung, 5. Teilband, Art. 407 - 424, 2. Auflage, Bern 1964 (zit. Gautschi, Art., N.)
- GEISER Walter, Die Versicherungsaussenorganisation, Winterthur 1968 (zit. Geiser, S.)
- GRAUER Anton, Treu und Glauben im Versicherungsrecht, in Zeitschrift für Versicherungs-Wissenschaft, 13. Bd., 1913, S. 290ff (zit. Grauer, S.)
- GRUSS Willi, Die Auswahl des reisenden Verkäufers, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Versicherungsbranche, Diss., St. Gallen, 1944 (zit. Gruss, Auswahl, S.)
- GRUSS Willi, Das neue Handelsreisendengesetz, In SVZ, IX. Jg., S. 213ff, 249ff, 283ff (zit. Gruss, HRAG, S.)
- GRUSS Willi, Aussenorganisation und Umsatzsteigerung, in SVZ, XII. Jg., (1944/45), S. 349ff (zit. Gruss, Aussenorganisation, S.)
- GUHL T./Merz H./Kummer M., Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972 (zit. Guhl, S.)
- GULDENER Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979 (zit. Guldener, S.)
- HAEFLIGER Arthur, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss., Bern 1974 (zit. Haefliger, S.)
- HAGMANN Adrian, Die finanziellen Ansprüche des Handelsreisenden, Diss., Basel 1957 (zit. Hagmann, S.)

- HALLER Matthias, Sicherheit durch Versicherung?, Gedanken zur künftigen Rolle der Versicherung, Bern 1975 (zit. Haller, S.)
- HANGARTNER Jean-Marie, Die vermögensrechtlichen Folgen der Auflösung des Agenturvertrages unter besonderer Berücksichtigung der Abgangsentschädigung, Diplomarbeit, St. Gallen 1954 (zit. Hangartner, Diplomarbeit, S.)
- HANGARTNER Jean-Marie, Die Voraussetzungen für die Abgangsentschädigung des Versicherungsagenten gemäss Art. 418u OR, Sonderdruck aus SVZ XXVI (1958/59) (zit. Hangartner, Voraussetzungen, S.)
- HEMMELE Max, Vertragliche Konkurrenzverbote nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Bern 1918 (zit. Hemmeler, S.)
- HIS Eduard, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Vierte Abteilung, Art. 927 - 964, Bern 1940 (zit. His, Art., N.)
- HOEHN Ernst, Steuerrecht. Ein Grundriss des schweizerischen Steuerrechts für Unterricht und Selbststudium, 3. Auflage, Bern/Stuttgart 1979 (zit. Höhn, S.)
- HUG Walter, Rechtsprobleme der Geschäftsvermittlung zwischen Unternehmer und Markt, in Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949, S. 329ff (zit. Hug, Rechtsprobleme, S.)
- JAEGGI Peter, in Liver, Meyer-Hayoz, u.a., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Bern 1962 (zit. Jäggi, Art., N.)
- JAHN Bruno P., Die Entstehung von Versicherungsverhältnissen im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 1942 (zit. Jahn, S.)
- JUNDT Hans G., Das besondere Dienstverhältnis des Handelsreisenden, Diss., Basel 1946 (zit. Jundt, S.)
- KASER Max, Römisches Privatrecht, 6. Auflage, München 1968 (zit. Kaser, S.)
- KIENTSCH Jürg, Die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des Arztes gegenüber dem privaten Versicherer, Diss., Bern 1967 (zit. Kientsch, S.)
- KOENIG Hans, Praktische Einführung in das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Agenten, Zürich 1909 (zit. Koenig Hans, S.)
- KOENIG Willy, Grundzüge des Versicherungswesens, Bern 1968 (zit. Koenig, Grundzüge, S.)
- KOENIG Willy, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1967 (zit. Koenig, Privatversicherungsrecht, S.)
- KOENIG Willy, Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?, in Zeitschrift für schweizerisches Recht, 81, 2. Halbband (1962), S. 128ff (zit. Koenig, ZSR, S.)
- KORNMEIER Fritz, Die rechtliche Stellung des Handelsreisenden, Diss., Basel 1950 (zit. Kornmeier, S.)

- KRENGER Hans, Die Gefahrstatsachen im schweizerischen Privatrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N.F., Heft 323, Bern 1957 (zit. Krenger, S.)
- LANGMACK Hans, Der Agenturvertrag, Diss., Zürich 1945 (zit. Langmack, S.)
- LEISS Guido Horst, Der Anspruch des Agenten auf Entschädigung für die Kundschaft in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Bern, Winterthur 1965 (zit. Leiss, S.)
- LITTMANN Bettina, Die kollisionsrechtliche Bedeutung von Art.418 lit. b Abs. 2 OR, Diss., Zürich 1955 (zit. Littmann, S.)
- MATHEY Pierre André, Die Anzeigepflicht beim Abschluss des Versicherungsvertrages, Diss. Zürich 1945 (zit. Mathey, S.)
- MEIER Kurt, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978 (zit. Meier, S.)
- MEISTER Guido, Praktischer Leitfaden zum Bundesgesetz über den Agenturvertrag, Zürich 1949 (zit. Meister Guido, AGV, S.)
- MEISTER Guido, Praktischer Leitfaden zum Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden, Zürich 1941, (zit. Meister Guido, HRAG, S.)
- MEISTER Herbert, Der selbständige Versicherungsvertreter und der unselbständige Angestellte im Versicherungsaussendienst, Köln 1973 (zit. Meister Herbert, S.)
- MERZ Karl, Aufgaben und Bedeutung der Versicherungsvermittlung, in Jahrbuch 1955 des Vereins für Versicherungs-Wissenschaften und -Praxis in Hessen, S. 26ff (zit. Merz, S.)
- MEYER Beat, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss., Zürich 1978 (zit. Meyer Beat, S.)
- MEYER Hans Rudolf, Die Stellung des Generalagenten und Unteragenten der Versicherungsgesellschaft im schweizerischen Recht, Diss., Bern 1947 (zit. Meyer H.R., S.)
- MOELLER Hans, Bemerkungen zur Geschichte der Versicherungsvermittlung, in SVZ XII Jg. (1944/45), S. 129ff (zit. Möller, S.)
- MUELLER-LUTZ H.L., Konzessionierung des Versicherungsaussendienstes notwendig?, in SVZ XVI (1948/49), S. 112ff (zit. Müller-Lutz, S.)
- MUELLER Peter, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages nach Art. 337 OR, Diss. Basel 1977 (zit. Müller Peter S.)
- OFTINGER Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band, Allgemeiner Teil, Vierte Auflage, Zürich 1975 (zit. Oftinger, Bd. I. S.)
- OFTINGER Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, II. Band, 1. Hälfte, Besonderer Teil, Dritte Auflage, Zürich 1970 (zit. Oftinger, Bd. II/1, S.)
- OFTINGER Karl, Schweizerische Haftpflichtrecht, II. Band, 2. Hälfte, Besonderer Teile, Dritte Auflage, Zürich 1972 (zit. Oftinger, Bd. II/2, S.)

- OSER H./SCHOENENBERGER W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929 (zit. Oser/Schönenberger, Art., N.)
- OSER H./SCHOENENBERGER W. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184-418, Zürich 1936 (zit. Oser/Schönenberger, Art., N.)
- PADEL Hans, Der Agenturvertrag und seine Stellung im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern 1943 (zit. Padel, S.)
- PARPAN Rudolf, Ueber die Bedeutung von Treu und Glauben im Versicherungsvertragsrecht, Diss., Zürich 1947 (zit. Parpan, S.)
- PEYER Jürg, Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht, Diss., Zürich 1974 (zit. Peyer, S.)
- PORTMANN Peter, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958 (zit. Portmann, S.)
- RAAFLAUB Hans Emanuel, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag, Diss. Bern 1959 (zit. Raaflaub, S.)
- RABICH Eckart, Vertrauens- und Verschuldenshaftung bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen, Diss. Köln 1966 (zit. Rabich, S.)
- REBER H.J., Die Anwendung des Bundesgesetzes über den Agenturvertrag auf Verträge mit Auslandagenten, in SJZ 46 (1950), S. 122ff (zit. Reber, S.)
- REHBINDER Manfred, Die Provision, in Neue Wirtschaftsbriefe, Berlin 1967, S. 753ff (zit. Rehbinder, Provision, S.)
- REHBINDER Manfred, Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts, 5. Auflage, Bern 1979 (zit. Rehbinder, Arbeitsrecht, S.)
- ROELLI Hans, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, Bern 1914 (zit. Roelli, S.)
- ROELLI Hans/Keller Max, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, 2. Auflage, Bern 1968 (zit. Roelli/Keller, S.)
- SIEGER Kurt, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die Organhaftung, Zürich 1979 (zit. Sieger, S.)
- SIGG Ruinell, Der Versicherungsagent und das Bundesgesetz über den Agenturvertrag, Diss., Basel 1955 (zit. Sigg, S.)
- SCHAEERER Hans, Der Agent nach der neuen schweizerischen Gesetzgebung, Diss., Basel 1952 (zit. Schaeerer, S.)
- SCHLAEPFER Adolf, Handelsreisende, Agenten, Vertreter, Zürich 1957 (zit. Schläpfer, S.)
- SCHNEITER Kurt, Der Handelsreisende im neuen Arbeitsrecht, Verein Reisender Kaufleute der Schweiz, 1973 (zit. Schneiter, S.)
- SCHOENENBERGER W./JAEGGI P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1a, Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Zürich 1973 (zit. Schönenberger, Art., N.)

- SCHOENENBERGER W., Die Bedeutung des eigenen und fremden Verschulden für den Versicherungsnehmer, Diss. Freiburg, Rorschach 1923 (zit. Schönenberger, S.)
- SCHUEBELER Alfred, Die Verantwortlichkeit der privaten Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten gegenüber dem Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigten im Versicherungsverkehr auf Grund des schweizerischen Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Leipzig 1917 (zit. Schübeler, S.)
- SCHUMACHER Paul, Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden, Bern 1952 (zit. Schumacher, S.)
- SCHWEINGRUBER Edwin, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1979 (zit. Schweingruber, Art., N.)
- SPOENDLIN Kaspar, Zur Bedeutung des Kündigungsgrundes im Arbeitsvertrag, in SJZ 99 (1980), S. 141ff (zit. Spoendlin, S.)
- STAMM Marie-Louise, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss., Basel 1977 (zit. Stamm, S.)
- STARK Emil W., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 3. Abteilung, 1. Teilband, Art. 919-941 ZGB, Bern 1976 (zit. Stark, Art., N.)
- STOFFEL Leo, Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1938, erschienen 1963 (zit. Stoffel, S.)
- TESTUZ Hughues, Les pouvoirs de présentation de l'agent d'assurance en droit suisse, Diss., Lausanne 1959 (zit. Testuz, S.)
- TRINKHAUS Hans, Handbuch der Versicherungsvermittlung, Bd. I: Provision und Abfindung der Versicherungsvermittler, Berlin 1955 (zit. Trinkhaus, S.)
- VETSCH G., Handelsreisender oder Handelsagent, in SJZ 48 (1952), S. 281ff (zit. Vetsch, S.)
- VISCHER Frank, Der Arbeitsvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, S. 279ff, Basel/Stuttgart 1977 (zit. Vischer, Arbeitsvertrag, S.)
- VISCHER Frank, Internationales Privatrecht, 2. Nachdruck aus "Schweizerisches Privatrecht", Bd. I, Basel 1973 (zit. Vischer, IPR, S.)
- von WARTBURG W., Der Versicherungsaussendienst in der Volkszählung, in Der Generalagent, 27. Jg. (1965), S. 6ff (zit. v.Wartburg, Versicherungsaussendienst, S.)
- von WARTBURG W., Versicherungswerbung - eine Mission, in SVZ, XVIII Jg. (1950/51), S. 276ff (zit. v.Wartburg, Versicherungswerbung, S.)
- WEHRLI Hans Jörg, Der Versicherungsagenturvertrag, Winterthur 1959 (zit. Wehrli, S.)
- WEIDMANN Alfred, Die neuere Entwicklung der Arbeitsverhältnisse im schweizerischen Bank- und Versicherungsgewerbe, Diss., Zürich 1923 (zit. Weidmann, S.)

- ZUMBACH Peter, Die Exkulpation des Versicherungsnehmers nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Diss., Zürich 1946 (zit. Zumbach, S.)
- ZUERCHER Hans Ulrich, Der Provisionsanspruch des Agenten nach dem Bundesgesetz über den Agenturvertrag, Diss., Bern 1952 (zit. Zürcher, S.)

Materialien

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. Februar 1886 (zit. Botschaft SchKG, S.)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. Februar 1904 (zit. Botschaft VVG, S.)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vom 6. Dezember 1940 (zit. Botschaft HRAG, S.)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 27. November 1947 (zit. Botschaft AGV, S.)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des zehnten Titels und des zehnten Titels-bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967 (zit. Botschaft Arbeitsvertragsrecht, S.)
- Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1941, Verhandlungen über das Bundesgesetz betr. das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden, S. 77ff (zit. Sten. Bull. NR 1941, S.)
- Amtliches Stenographisches Bulletin des Ständerates 1941, Verhandlungen über das BG über den Handelsreisendenvertrag, S. 1ff und S. 125f (zit. Sten. Bull. SR 1941, S.)
- Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1948, Verhandlungen über das BG zum Agenturvertrag, S. 1ff und S. 769f (zit. Sten. Bull. NR 1948, S.)
- Amtliches Stenographisches Bulletin des Ständerates 1948, Verhandlungen über den Agenturvertrag, S. 49ff, S. 246ff und 450 (zit. Sten. Bull. SR 1948, S.)
- Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1969, Verhandlungen über die Revision des Arbeitsvertrages, S. 398ff, S. 451ff, S. 775ff (zit. Sten. Bull. NR 1969, S.)
- Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1970, Verhandlungen über die Revision des Arbeitsvertrages, S. 714ff, S. 808ff (zit. Sten. Bull. NR 1970, S.)
- Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1971, Verhandlungen über die Revision des Arbeitsvertrages, 430ff (zit. Sten. Bull. NR 1971, S.)

Amtliches Stenographisches Bulletin des Ständerates 1970, Verhandlungen über die Revision des Arbeitsvertrages, S. 313ff und 341ff (zit. Sten. Bull. SR 1970, S.)

Amtliches Stenographisches Bulletin des Ständerates 1971, Verhandlungen über die Revision des Arbeitsvertrages, S. 62ff und 268f (zit. Sten.Bull. SR 1971, S.)

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AGV	Agenturvertragsrecht
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung (Fussnote)
aOR	BG über das Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936 (vor der Revision des Arbeitsvertragsrechts)
Art.	Artikel
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (Amtliche Sammlung, Lausanne)
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe (Verfasser)
dHGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
Diss.	Dissertation
dVVG	(Deutsches) Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
etc.	etcetera
E.	Erwägung
f	folgende (Seite)
ff	folgende (Seiten)
gl.M.	gleicher Meinung
HRAG	BG über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vom 13. Juni 1941 (seit der Revision des Arbeitsvertragsrechtes vom 25. Juni 1971 = Art. 347ff OR)
HRG	BG über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930
IPR	Internationales Privatrecht
Jg.	Jahrgang
Kap.	Kapitel
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
N	Note(n) (Randnoten)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)

OR	BG über das Obligationenrecht vom 25. Juni 1971 (nach Revision des Arbeitsvertragsrechtes)
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichtes (Basel)
S.	Seite
SHZ	Schweizerische Handelszeitung (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Ständerat
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift (Bern)
SchKG	BG betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Sten. Bull.	Amtliches Stenographisches Bulletin über die Ver- handlungen des National- (NR) bzw. Ständerates (SR)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 23. März 1962
VAG	BG betreffend die Beaufsichtigung von Privat- unternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885
VAS	Entscheidungen schweizerischer Gerichte in pri- vaten Versicherungsstreitigkeiten (Bern)
Verb.	Verbindung
vgl.	vergleiche
VVG	BG über den Versicherungsvertrag vom 8. April 1908
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
z.T.	zum Teil

LEBENS LAUF

Am 1. Juli 1946 in St. Gallen geboren, besuchte ich von 1953 bis 1959 in Flaach/ZH die Primarschule, 1959 bis 1962 in Glarus die Sekundar- und anschliessend die Oberrealschule, welche ich im Herbst 1966 mit der C-Matura abschloss. Von 1966 bis 1969 absolvierte ich ein Praktikum bei der Schweizerischen Kreditanstalt, Zürich. Im Herbst 1969 begann ich mein Studium an der Hochschule St. Gallen, das ich im Herbst 1973 mit dem Lizentiat abschloss. Vom Herbst 1973 bis Sommer 1976 war ich als Unternehmungsberater am Betriebswissenschaftlichen Institut der ETH Zürich (BWI) tätig und wechselte anschliessend in die Advokatur. Im März 1979 erwarb ich das Zürcher Anwaltspatent. Von 1976 bis 1980 absolvierte ich neben meiner beruflichen Tätigkeit das Rechtsstudium an der Universität Zürich, das ich im Februar 1980 mit dem Lizentiat abschloss. Nach bestandener Doktorprüfung wurde ich am 27. Mai 1981 zum Doktor der Rechtswissenschaften promoviert. Die vorliegende Dissertation habe ich der Fakultät im Juni 1981 eingereicht.



